

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES CONDITIONS DE VALIDITÉ
D'UNE
VENTE DE FONDS DE COMMERCE
ET
DU RÔLE DE L'INTERMÉDIAIRE DANS CETTE VENTE

PAR
AUGUSTE PÉLISSIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 1^{er} Juin 1898, à 1 heure

Président : M. THALLER, professeur

Suffragants : { MM. LÉON MICHEL } professeurs
MASSIGLI

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE & FORCEL**
22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

—
1898



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



CAR LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

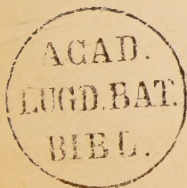
DES CONDITIONS DE VALIDITÉ
D'UNE
VENTE DE FONDS DE COMMERCE
ET
DU RÔLE DE L'INTERMÉDIAIRE DANS CETTE VENTE

PAR
AUGUSTE PÉLISSIER
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT
Présentée et soutenue le Mercredi 1^{er} Juin 1898, à 1 heure

Président : M. THALLER, professeur

Suffragants : { MM. LÉON MICHEL } professeurs
MASSIGLI }



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE & FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1898

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DES CONDITIONS DE VALIDITÉ
D'UNE
VENTE DE FONDS DE COMMERCE
ET
DU RÔLE DE L'INTERMÉDIAIRE DANS CETTE VENTE

INTRODUCTION

Caractères généraux d'un fonds de commerce.

1. L'étymologie du mot *fond* avec *s* ou sans *s*, appliqué à l'instrument de travail d'un commerçant est curieuse à rechercher. Les origines les plus reculées de ce mot et qui remontent jusqu'au *x^e* siècle, nous le font retrouver dans les anciennes expressions de *fondoucq* en arabe, de *fondamen* ou *fonzamen* en ancien provençal et *fondic* en bas-breton. Dans le vieux langage français on employait les mots *fonde* et *fondèque* qui servaient à désigner le premier un petit magasin et le second un grand magasin et qui furent remplacés vers le *xvi^e* siècle par les mots *fond* et *fondèque* avec le même sens. Mais ces divers termes si

différemment nuancés suivant les pays où on en usait, semblent avoir tous comme commune origine les mots latins *fundamen* ou *fundatio* qui signifient précisément établissement, base, fondation. Et cette origine on la retrouve encore dans l'expression *founs* ou *founds* usitée de nos jours en provençal, pour dire magasin et dans le mot *fondouck* qui, au Maroc et en Algérie, veut dire caravansérail, entrepôt de marchandises.

2. Toutefois, jusque vers le milieu du xvi^e siècle on n'employa guère le mot fonds en matière de commerce. Dans le *Livre des Métiers* d'Estienne Boileau (xiii^e siècle) il est question de *maisons*, *hostels* de marchands ou gens de métiers ou aussi de leurs *ouvrouers*, *fenestres* et *étaux*. Puis apparurent presque simultanément le mot boutique qui jusqu'alors avait désigné seulement l'étude du notaire, et le mot fonds, qui appliqués tous deux au commerce voulurent dire couramment magasin, stock de marchandises. Pour la première fois on trouve le mot fond dans le *Trésor de la langue française* de Jean Nicot (1606). Cet auteur tirant le mot fond de *fundus*, champ ou pièce de terre, sans bâtiment ou avec bâtiment lui fait signifier par métaphore : le capital d'un marchand soit en marchandises, soit en deniers. Il est intéressant d'observer qu'alors fonds signifiait bien-fonds ou en a fait le synonyme de capital, et comme le capital du marchand consiste surtout en marchandises le fonds est devenu pour le commerçant toutes les marchandises. Il faut voir là, à notre avis, une cause historique de l'immobilisation du fonds de commerce qui fut admise en France jusqu'à la Révolution et peut-être

l'origine lointaine de cette coutume, encore usitée de nos jours, des publications après la vente, qui rappelle la purge de l'hypothèque.

3. Depuis Jean Nicot les lexicographes ont donné du mot fonds différentes définitions. Ce mot appliqué aux choses de commerce et spécialement à l'instrument qui sert au négociant à opérer des transactions a pris de l'extension et a servi à désigner plus tard des objets, des droits, tout un ensemble qui n'entraient pas dans sa compréhension au début. C'est ainsi qu'aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles l'expression fonds du marchand, comme fonds de boutique, de magasin, etc., signifie exclusivement les marchandises. Au ^{xviii}^e siècle le mot fonds sert à désigner en outre les « marchandises, métiers et autres ustensiles ». Au commencement de ce siècle on retrouve la même définition du mot fonds qu'au siècle précédent. Puis vers 1835 apparaît l'expression « fonds de commerce » au lieu et place de fonds simplement, qui sert à désigner un ensemble plus complet : aux choses matérielles on joint des choses incorporelles ; achalandage, droit au bail, etc. Enfin, de nos jours on semble vouloir en arriver à une définition plus exacte et plus restrictive à la fois du mot fonds de commerce.

4. Avant de formuler cette définition en conformité le plus possible avec l'usage et la loi, il est nécessaire, ce semble, de déterminer d'abord de façon précise quels éléments concourent à la constitution d'un fonds de commerce, et ces éléments connus, de rechercher quelle est la nature juridique de leur ensemble.

C'est qu'en effet la chose désignée aujourd'hui sous le

nom de fonds de commerce est une chose complexe composée de la réunion de plusieurs éléments variés et qui est en quelque sorte la résultante de tous, distincte de chacun.

5. En première ligne on remarque l'achalandage indifféremment appelé aussi pratique ou clientèle qui lui est l'élément principal, fondamental d'un fonds de commerce, sa raison d'être, et qui consiste dans l'ensemble des personnes ou obligées ou habituées ou prévues aux besoins de qui correspond le fonds en question. C'est là, il est utile de bien le remarquer, l'idée génératrice du fonds de commerce dont le but est le gain à réaliser, idée qui prend corps par la clientèle faite et groupée et devient dès lors une sorte de droit incorporel.

6. Viennent ensuite les éléments plutôt matériels qui servent à exploiter cette idée de l'achalandage. Ce sont les ustensiles, instruments, agencements, meubles de toutes sortes variés à l'infini selon chaque commerce qui constituent l'installation. A celle-ci se rattache immédiatement l'enseigne, désignation nominale ou emblématique qui individualise le fonds et dont les marques de fabrique, signatures et cachets ne sont en quelque sorte que des compléments nécessaires⁽¹⁾. Quant aux produits spéciaux, propriété exclusive d'un établissement commercial ils font évidemment partie de cet établissement dont ils sont parfois l'élément essentiel⁽²⁾.

7. Et toutefois on ne pourrait en dire autant de toutes

(1) V. Pouillet : *Des marques de fabrique*, n° 98.

(2) Paris, 17 juin 1869, *Journ. des trib. de comm.*, t. XIX, p. 248.

les marchandises comprises dans le fonds de commerce et particulièrement des marchandises neuves. Déjà, en 1873, dans le *Dictionnaire du commerce*, publié par M. Guillaumin, au mot fonds de commerce on trouve sous la signature de M. Alauzet : « Le fonds de commerce comprend donc l'achalandage ou la clientèle, le mobilier industriel, *les marchandises existant en magasin et qui pourraient toutefois en être séparées*, l'enseigne et tous les attributs ou signes distinctifs qui servaient à l'accréditer. » C'est qu'en effet les marchandises ne sauraient faire partie du fonds de commerce dont elles se distinguent, comme le contenu se distingue du contenant.

Au reste, les commerçants l'entendent bien ainsi dans la pratique et très souvent dans les ventes de fonds on voit les marchandises mises à part, n'étant pas prises en considération dans le prix de vente, et au contraire faisant l'objet d'une clause spéciale d'après laquelle elles devront être inventoriées et estimées pour être payées en sus du prix. Le législateur lui-même a fait cette distinction dans la loi du 28 février 1872, dont l'art. 7 soumet à un droit de 2 p. 0/0, les mutations de fonds de commerce, c'est-à-dire « la vente de l'achalandage, de la cession du droit au bail, et des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds, à la seule exception des marchandises neuves garnissant le fonds » ; tandis que ce même article ne soumet les marchandises qu'à un droit de 50 centimes p. 0/0 ⁽¹⁾.

(1) « Mais pour que les parties profitent de cet abaissement du droit

Cette restriction apportée aux éléments d'un fonds de commerce par l'usage et par le législateur de 1872 pour si rationnelle qu'elle soit est cependant loin d'être généralement admise. D'aucuns, et ils sont les plus nombreux, des théoriciens surtout, s'en rapportant à la définition du mot fonds donnée par l'Académie française en 1835, définition reproduite quant au sens dans tout le cours du siècle par presque tous les auteurs de dictionnaires, comprennent les marchandises neuves dans le fonds de commerce.

Quant à nous pour ne point paraître innover, regrettant seulement qu'en l'occurrence la théorie ne soit pas d'accord davantage avec la pratique, nous nous rallierons à l'opinion de la majorité des auteurs, et dans le cours de cet ouvrage nous considérerons, sauf conventions contraires, les marchandises comme faisant partie intégrante du fonds de commerce.

8. Pour utiliser et mettre à profit les éléments d'un fonds déjà mentionnés un local est nécessaire qui constitue lui-même un élément indispensable. Ce local peut exister sous forme d'un immeuble où s'exploite le commerce, ou bien sous forme plus fréquente, dans les grandes villes et pour le petit négoce, de droit au bail.

« de 50 centimes par 100 francs, la loi les a obligées à deux choses : 1° à « stipuler dans l'acte un prix particulier pour les marchandises; 2° à les « désigner et estimer article par article dans le contrat ou dans la déclaration. Dans le cas où les deux conditions ci-dessus ne seraient pas remplies, le droit d'enregistrement de 2 p. 0/0 serait perçu sur la totalité « du prix de vente ».

(A. J. Mérot « *Commentaire de la loi du 28 février 1872* »).

Sous ces deux formes il implique l'avantage très grand au point de vue de l'achalandage d'assurer la fixité du fonds dans le même lieu. Mais quand le propriétaire de l'immeuble où s'exerce le commerce est le même que celui du fonds il y a intérêt à distinguer entre le fonds et l'immeuble, surtout quant à l'immobilisation possible du matériel commercial ⁽¹⁾.

9. On le voit, ces divers éléments groupés pour la constitution d'un fonds de commerce sont de nature variée et tandis que les uns : l'achalandage, l'enseigne, le droit au bail sont des droits incorporels, les autres : les marchandises et l'installation sont des choses corporelles.

10. Sans doute on peut, envisageant individuellement ces éléments, laisser à chacun d'eux ses caractères naturel et juridique; mais si on étudie la chose nouvelle qui résulte de l'ensemble de ces éléments multiples, le plus souvent réunis par la seule volonté des parties en un tout unique qui constitue le fonds de commerce, on voit que cette chose nouvelle possède elle-même une nature juridique uniforme et déterminée.

11. Le fonds de commerce, en effet, est d'abord une sorte d'universalité, ayant des caractères propres et distincts de ceux des éléments qui la composent, et qui subsistent à la fois par la fidélité de la clientèle, par la conservation des objets qui ne sont pas destinés à être vendus, et par le renouvellement des marchandises qui en font

(1) V. Aubry et Rau, t. II, § 164 et les notes. — Demolombe, t. IX, n° 274. — G. Lèbre : *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, nos 8, 166 et 167. — V. la note de Lyon-Caen, S. 80. 1. 409.

partie. Mais cette universalité, comme l'enseignent fort bien MM. Aubry et Rau n'est pas une universalité juridique, un *universum jus*; elle est seulement une universalité de fait, un *universum corpus*. « Nous ne voyons pas « trop, a dit fort exactement M. Thaller, pourquoi l'on « veut à toute force y voir une universalité juridique. Nous « y trouverions un assemblage de valeurs qui, les unes, « comme la clientèle, ont une nature immatérielle, tandis « que d'autres telles que les marchandises, sont des « meubles corporels. La volonté des parties peut réunir « dans un contrat tous ces éléments ensemble, mais rien « n'empêche non plus de traiter isolément sur chacun « d'eux. » (Thaller, *Annales de dr. comm.*, 1889, *Doctrine*, p. 221).

12. Et de cette distinction entre une universalité juridique et une universalité de fait, en apparence d'un intérêt seulement théorique il faut tirer cette conséquence pratique très importante à savoir que les créances et les dettes ne font pas partie de plein droit du fonds de commerce. C'est le contraire qui aurait lieu si faisant du fonds une universalité juridique on l'assimilait à une hérédité (1).

(1) Cette conséquence n'est cependant pas universellement admise. En France certains auteurs soutiennent les uns que les créances, les autres que les créances et les dettes font partie intégrante du fonds de commerce. V. Boistel : *Précis de droit commercial*, n° 429. — *Code de commerce* annoté de Dalloz, *Appendice sur la propriété industrielle*, p. 946.

En sens contraire : Aubry et Rau (édit. de 1897), t. II, § 236, p. 740, note 5. — Lyon-Caen et Renault : *Traité de droit commercial*, t. III, n° 245 *bis*.

En Allemagne c'est le contraire qui a lieu, et l'universalité juridique du fonds de commerce est admise avec toutes ses conséquences. V. *An-*

13. Cette universalité de fait est un meuble et un meuble incorporel. Elle est un meuble puisque tous les éléments dont elle est composée sont mobiliers, soit l'installation et les marchandises qui conservent leur caractère de meubles bien que réunies en quantité considérable, soit le droit au bail et l'achalandage qui lui est mobilier parce qu'il tend à un bénéfice c'est-à-dire à une somme d'argent, objet mobilier ⁽¹⁾. Il arrive parfois, il est vrai, que le matériel d'un fonds de commerce devienne immeuble par destination, mais alors le fonds n'en conserve pas moins tous ses caractères distinctement de l'immeuble et du matériel immobilisé. De plus le fonds de commerce est un meuble incorporel. Il est vrai que dans cette universalité entrent des éléments corporels comme les marchandises et l'installation, mais outre que les éléments incorporels sont plus nombreux : achalandage, enseigne, droit au bail, ce qui doit faire surtout décider que le fonds dans son ensemble est incorporel, c'est le caractère de l'achalandage. Nous avons déjà dit en effet que c'était là l'élément dominant, essentiel d'un fonds de commerce, et il est rationnel qu'il imprime au fonds tout entier son caractère d'incorporel.

Et ce n'est pas là, nous nous hâtons de le dire, une opi-

nales de droit commercial de M. Thaller, année 1890, p. 47 et note.

Quant à la jurisprudence française elle ne paraît pas bien fixée sur la question. Toutefois, bien que dans un arrêt du 13 mars 1888 (S. 88. 1. 302) la chambre des requêtes affirme que le fonds de commerce est une universalité juridique, la jurisprudence française semble s'être rangée à l'opinion de la majorité des auteurs. V. Cass. 28 févr. 1894 (S. 95. 1. 102 et la note de M. Wahl).

(1) Aubry et Rau, t. II, § 164 *bis*, p. 28. — Demolombe, t. IX, n^{os} 403 et 440; Laurent, t. V, n^{os} 513.

nion absolument personnelle. Dans le traité de droit commercial de MM. Lyon-Caen et Renault sous le n° 239 du tome III nous trouvons : « Quand on considère à ce point « de vue le fonds de commerce, on doit le ranger parmi « les meubles incorporels. L'achalandage ou droit à la « clientèle a évidemment ce dernier caractère et les autres « objets compris dans le fonds de commerce sont un accessoire de l'achalandage ». Nous avons reproduit pour notre compte et sans réserve cette façon de voir, car elle nous a paru juste. Toutefois, la jurisprudence ne l'admet pas, tout au moins de façon aussi générale que nous. Jusqu'à dans ces derniers temps elle semble se partager sur la question en deux courants, le premier, conforme à la théorie que nous adoptons, qui décide que l'achalandage et le droit au bail constituent les éléments essentiels (Riom, 30 mars 1892, S. 1894. 2. 237); le second qui soutient que le caractère d'élément essentiel doit être attribué tantôt aux éléments incorporels, tantôt aux éléments corporels d'un fonds de commerce, suivant leur importance pécuniaire respective en fait (Lyon, 23 mars 1893, S. 94. 2. 237. — Cass., 25 juin 1895, S. 95. 1. 409) ⁽¹⁾. De ce que le fonds de commerce est un meuble incorporel, on doit tirer cette triple conséquence qu'il tombe en communauté, qu'il n'est pas susceptible d'hypothèque, et qu'enfin il peut faire l'objet d'un nantissement ⁽²⁾.

(1) V. dans ce dernier sens où la considération du fait est capitale, les nombreux arrêts rapportés dans le Sirey, S. 1897. 2. 89 et la très longue note de M. Wahl.

(2) Nous avons à dessein dans ce livre, et parce qu'elle n'entraîne pas

14. Le troisième et dernier caractère d'un fonds de commerce quant à sa nature juridique est d'être un corps certain. Sans doute, si l'on ne considère que les marchandises on pourra facilement tomber dans l'erreur commise par certains auteurs et prétendre que le fonds de commerce est une chose fongible parce que les marchandises se renouvelant incessamment peuvent être remplacées par d'autres marchandises et donner ainsi à tout le fonds l'apparence d'une chose réellement fongible. Mais si ne perdant pas de vue l'élément essentiel du fonds de commerce, à savoir l'achalandage, on considère que celui-ci, malgré tous les changements que peuvent subir les autres éléments, parfois si profonds qu'ils en sont presque renouvelés, reste toujours un, et fait du fonds tout entier cette universalité dont on a déjà parlé et toujours la même, on verra qu'il est erroné d'attribuer au fonds de commerce la qualité de fongible. Troplong, dans son *Tratité du contrat de mariage* l'a bien ainsi compris quand il dit : « Les marchandises nouvelles qui prennent la place des anciennes « représentent celles-ci de telle sorte que le fonds est censé ne « pas éprouver de changement. Il persiste à l'égal du trou- « peau dont les bêtes sont remplacées par d'autres bêtes ».

dans son cadre, évité de poser et de résoudre la question très délicate du nantissement des fonds de commerce. V. sur la question la note très documentée de M. le professeur Wahl déjà citée. Cette question est maintenant tranchée par la loi du 1^{er} mars 1898, dont l'article unique dispose : « L'art. 2075 du Code civil est ainsi complété : Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. » — Voir le commentaire de cette loi dans « Les lois nouvelles » de Schaffhauser, année 1898, 1^{re} part., p. 166 et suiv.

Une fois admis que le fonds de commerce est un corps certain il est facile par la seule application des principes généraux du droit civil de faire ressortir une foule de conséquences, surtout quant à la communauté entre époux et à l'usufruit qu'il serait trop long d'envisager ici.

15. On le voit à présent, définir de façon exacte et complète le fonds de commerce n'est pas chose aisée. Nombre de définitions en ont pourtant été données; les unes se contentent d'énumérer les divers éléments qui entrent dans la composition du fonds et définissent le tout par ses parties; d'autres mentionnent les caractères juridiques du fonds de commerce négligeant ses éléments et son but; d'autres enfin s'en tiennent uniquement à ce but. Pour nous, nous avons cru devoir emprunter à chacune de ces trois sortes de définitions ce qu'elle avait de bon. Mais pour éviter une définition trop longue nous y rappelons seulement l'élément et le caractère juridique du fonds de commerce généralement reconnus essentiels et nous disons : « Le fonds de commerce est l'universalité de fait, « composée d'éléments variés dont le plus important est « l'achalandage, qui sert au commerçant d'instrument d'ex-
« ploitation ».

16. Comme nous nous proposons d'exposer les conditions générales de validité de la vente des fonds de commerce, et d'étudier tout particulièrement le rôle des intermédiaires dans ces ventes, nous n'avons pas pu d'abord ne pas dire ce qu'il fallait entendre en droit par un fonds de commerce. Mais cela, nous l'avons dit, le plus succinctement possible au début de cette introduction où nous avons

tâché de fixer seulement les grandes lignes de la nature juridique d'un établissement commercial pour en arriver à sa définition.

Notre but est surtout d'étudier dans ce livre, comme d'ailleurs l'indique son titre, les transmissions aujourd'hui si fréquentes des fonds de commerce.

17. Il est surprenant, en effet, de constater combien se multiplient en France les ventes volontaires ou forcées de ces innombrables maisons de commerce de toutes sortes, dont le nombre n'a d'égal que la variété et qui sont la preuve la plus évidente de notre activité et de notre puissance industrielle et commerciale. Les causes de la fréquence de ces cessions relèvent plutôt du domaine de la science économique que de celui de la science juridique. Multiples, en effet, sont les raisons d'ordre économique pour lesquelles les fonds de commerce de nos jours changent aussi souvent de propriétaires. La principale est assurément cette intensité de la lutte pour la vie qui, accrue par ce désir effréné de jouissance dont sont possédées toutes les classes de la société, fait que chacun recherche le moyen de parvenir le plus rapidement possible à une fortune tout ou moins relative. Parmi les nombreuses combinaisons imaginées pour atteindre ce but l'une des plus fréquentes, dans un certain monde s'entend, consiste dans l'achat et la revente avec bénéfice d'un fonds de commerce. C'est ainsi qu'il n'est pas rare de voir un commerçant dans une vie active relativement courte, devenir propriétaire de huit ou dix fonds de commerce qu'il aura souvent créés lui-même. L'émigration toujours croissante

dans les villes des habitants de la campagne, est encore une cause de la fréquence des transactions opérées sur les fonds de commerce. Enfin, tandis qu'autrefois le fonds, la boutique était en quelque sorte un patrimoine que se léguaient pieusement les générations les unes aux autres, il n'est plus de nos jours qu'un instrument de lucre qu'on abandonne dès qu'on en a retiré tout le profit possible. Et si à cela on ajoute qu'il est de moins en moins de mode que les fils suivent la carrière ou fassent le métier des pères, et qu'un progrès plus ou moins bien entendu leur fait changer de métier, croyant ainsi changer de condition sociale, il sera aisé de voir combien profondes et diverses sont les causes du phénomène économique, pourtant facile à constater, de la fréquence des ventes de fonds de commerce.

18. Le nombre toujours croissant de ces ventes a eu pour résultat immédiat de faire naître une catégorie d'intermédiaires qui n'avait pas eu jusqu'à présent sa raison d'être. En effet quand autrefois, il y a seulement vingt ou trente ans, les fonds de commerce se transmettaient de père en fils ou bien se cédaient entre parents, amis ou connaissances, point n'était besoin d'intermédiaire pour mettre en relation le vendeur et l'acquéreur. Mais aujourd'hui où ces ventes se concluent le plus souvent entre gens étrangers les uns aux autres on a reconnu l'utilité de ces intermédiaires que l'on appelle couramment dans la pratique « marchands de fonds ». Sur leur rôle et surtout sur la façon dont quelques-uns d'entre eux le comprennent nous ne nous étendrons pas ici. Nous nous illusionnerions si nous nous dissimulions que souvent les marchands de fonds

sont confondus avec les agents d'affaires véreux. Et pourtant outre que parmi eux il s'en trouve, et en grand nombre, dont l'honnêteté est indiscutable, la profession qu'ils exercent n'a rien d'illégal ni de répréhensible en elle-même. En somme ils servent d'intermédiaires dans les ventes de fonds de commerce, comme d'autres servent d'intermédiaires dans les ventes de marchandises ou dans les ventes de titres de bourse. Quand consciencieux ils font honnêtement leur métier, ils rendent de réels services au monde du commerce. Ils en rendraient de bien plus grands encore si mieux réglementés, et leur condition juridique mieux définie, ils n'étaient l'objet de la part du législateur et aussi de celle des magistrats d'un dédain que rien ne saurait justifier, pas même l'honnêteté douteuse de quelques-uns d'entre eux.

Et ce n'est pas là une opinion fantaisiste qui nous soit personnelle. Il nous a plu de trouver dans un ouvrage de deux distingués professeurs de la Faculté de Paris les lignes suivantes que nous citons textuellement parce qu'elles émanent d'hommes plus autorisés que nous-même et dont l'opinion en la matière ne saurait être suspecte :

« Ces ventes (il s'agit des ventes de fonds de commerce)
« sont tellement nombreuses que dans les grandes villes,
« spécialement à Paris, des agents d'affaires font particu-
« lièrement profession de servir d'intermédiaires pour
« leur conclusion. Ces agents d'affaires jouent ordinai-
« rement le rôle de courtiers en rapprochant les parties;
« ils dressent en outre, les actes de vente quand les
« parties ne recourent pas à un notaire. Le recours à

« ces intermédiaires pour la rédaction des actes se com-
« prend d'autant mieux qu'ils renferment souvent des
« clauses compliquées. » (Lyon-Caen et Renault, *Traité
de droit commercial*, tome III, n° 237 bis).

19. Dans ces conditions, il nous a paru que nous ferions œuvre utile en étudiant au point de vue juridique le rôle de l'intermédiaire dans les ventes de fonds de commerce. Outre, en effet, que nous croyons que cela n'a jamais été fait, de façon sérieuse du moins, comme il s'agit d'un sujet tout de coutume et d'usage sur lequel il n'existe pas de texte particulier de loi, et en revanche une foule de décisions de jurisprudence souvent contradictoires, il nous a semblé qu'il serait intéressant de rattacher ces points de coutume et d'usage, ces décisions de jurisprudence aux principes généraux du droit toutes les fois que la chose sera possible.

20. Mais comme pour bien comprendre le rôle de l'intermédiaire dans les ventes de fonds de commerce, il faut d'abord savoir comment se pratiquent ces ventes, nous avons cru devoir placer en tête de notre étude une partie préliminaire. Dans cette première partie, très rapidement nous examinerons les conditions de validité d'une vente de fonds de commerce, conditions qui d'ailleurs sont presque toutes les mêmes que les conditions générales de la vente civile ou commerciale. C'est pourquoi il nous suffira, à part quelques questions d'usage originales et curieuses à étudier, de renvoyer fréquemment aux principes généraux du droit en matière de vente.

PREMIÈRE PARTIE

DES CONDITIONS DE VALIDITÉ D'UNE VENTE DE FONDS DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER

Questions préliminaires.

21. Avant d'aborder l'étude des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce, il est indispensable d'exposer deux questions préliminaires dont l'importance se fera ressentir dans tout le cours de cette première partie. Pour la clarté et surtout pour la simplification de ce qui va suivre il est nécessaire de résoudre d'abord un problème qui fut longtemps discuté, à savoir si l'achat et la vente d'un fonds de commerce sont des actes de commerce, et d'étudier ensuite brièvement les différences qui existent entre la vente commerciale et la vente civile.

§ 1. *L'achat et la vente d'un fonds de commerce
sont-ils des actes de commerce?*

22. Cette question, si elle a conservé son importance par les conséquences nombreuses et capitales qu'entraîne sa solution, a toutefois perdu de son intérêt théorique par la façon à peu près uniforme dont elle est résolue aujourd'hui soit par la grande majorité des auteurs, soit par le plus grand nombre des arrêts de jurisprudence.

23. Divers systèmes toutefois ont été soutenus qui ont admis ou repoussé la commercialité de l'achat et de la vente d'un fonds de commerce et qui même en l'admettant l'ont expliquée de diverses façons.

24. Dans l'introduction nous avons vu que de nos jours surtout il arrive fréquemment qu'on achète des fonds de commerce dans le seul but de les revendre avec bénéfices après un temps plus ou moins long, faisant ainsi du fonds lui-même une sorte de marchandise sur laquelle on spéculé et le détournant de sa fonction rationnelle qui est de servir d'instrument pour l'exploitation. Dans ce cas, il ne fait doute pour personne que l'acte est bien commercial et que non seulement il est conforme à l'esprit général de la loi commerciale qui veut que la caractéristique de l'acte de commerce soit l'idée de spéculation chez celui qui le fait, mais que encore il rentre dans les termes mêmes de l'article 632, § 1^{er}, C. comm. En effet le fonds de commerce, dans cette hypothèse, est bien une marchandise puisqu'il est un meuble, et peu importe qu'il soit un meuble incorporel la loi ne distinguant pas, et il est une

marchandise achetée pour être revendue. Aussi est-ce là une opinion admise par tous les auteurs.

25. Mais ceux-ci sont loin d'être d'accord quand il s'agit de l'achat d'un fonds de commerce, non pour le revendre, mais bien pour l'exploiter. Certains dans ce cas, admettant que l'acte est civil en ce qui concerne l'achalandage et le droit au bail, soutiennent que si un prix unique a été stipulé pour le tout, l'achat n'est commercial que parce que le fonds comprend des marchandises. Ils font ainsi de celles-ci l'objet principal du fonds de commerce et en tirent cette conséquence, en vertu du principe que l'accessoire doit suivre le principal, que l'achat et la vente du fonds tout entier sont commerciaux parce qu'ils tombent sous l'application de l'article 632, C. comm. Et des décisions de jurisprudence confirment l'opinion de ces auteurs. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Rennes du 31 mars 1892 (D. P. 92. 2. 79) décide que l'achat d'un fonds de commerce n'offre les caractères d'un acte commercial que s'il comprend des marchandises destinées à être revendues. Un arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1880 (D. P. 81. 1. 26) qui peut s'appliquer à ce système, bien qu'il s'en différencie par une légère nuance, ne s'est prononcé en faveur de la commercialité de l'achat d'un fonds de commerce qu'en faisant des marchandises dont la valeur en l'espèce était plus importante que celle des autres éléments du fonds, l'objet principal du contrat ⁽¹⁾. Pour

(1) V. encore Paris, 2 janv. 1843 (S. 43. 2. 269). — Toulouse 7 juin 1845 (*Droit*, 18 sept. 1845). — Beslay, *Acte de comm.*, p. 163. — Coin-Delisle, *Contrainte par corps*, n° 78. — Au supplément du *Dictionn. de*

nous, tout en admettant avec ces auteurs et cette jurisprudence la commercialité de l'achat et de la vente d'un fonds de commerce, nous ne pouvons accepter le motif de cette décision. Comme nous l'avons déjà dit en effet, selon nous l'élément principal du fonds c'est l'achalandage et non les marchandises. Par conséquent, nous ne saurions nous prononcer pour la commercialité par cette seule raison de la prédominance des marchandises qui entraîne l'application de l'article 632.

26. Aussi, préférons-nous nous rallier à un autre système qui décide que l'achat et la vente d'un fonds de commerce sont commerciaux et cela en s'appuyant uniquement sur la théorie de l'accessoire. En effet, disent les partisans de cette théorie, certains actes faits par le commerçant sans être commerciaux par eux-mêmes, conformément à l'article 632 sont si intimement unis à l'exercice du commerce qu'ils empruntent à ce lien étroit un caractère de commercialité. Dans cet ordre d'idées, MM. Lyon-Caen et Renault vont jusqu'à dire « que tous les actes même purement civils par eux-mêmes sont des actes de commerce quand ils sont faits par un commerçant pour les

dr. comm. de M. Ruben de Couder au mot « acte de commerce », n° 4 on trouve : « La vente ou l'achat d'un fonds de commerce constitue-t-il un « acte de commerce ? La question est controversée. V. *Dict.*, nos 93, 94, et « 110. La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative lorsque « la vente d'un fonds de commerce comprend avec la clientèle l'achalandage et le matériel, la totalité des marchandises en magasin, ainsi que « la cession de bail qui en est l'accessoire. V. arrêts des 8 mars 1880 « (déjà cité) ; 23 mars 1891 (S. 94. 1. 395). — V. aussi Nancy, 5 mars 1894 « (S. 94. 2. 293) ».

besoins de sa profession ». Or, c'est bien le cas d'appliquer cette théorie à l'achat et à la vente d'un fonds de commerce. Alors même que ces actes seraient civils de leur nature on doit décider qu'ils deviennent commerciaux parce que peut-être plus que tous autres ils se rattachent à l'exercice du commerce et sont faits par le négociant pour les nécessités de sa profession. Et ici, nul besoin de distinguer, comme dans le système précédent, si la vente a lieu séparément pour l'achalandage et le droit au bail et séparément pour les marchandises; le raisonnement est le même qu'un prix unique ou que deux prix aient été stipulés. Pour celui qui vend son fonds de commerce, il ne saurait y avoir de difficultés; il est bien commerçant quand il le vend et la vente est même le dernier acte de sa vie commerciale.

Quant à celui qui achète un fonds, s'il était déjà commerçant et que ce soit dans l'intérêt de son commerce qu'il fasse l'achat, la théorie de l'accessoire s'applique pareillement. Mais il faut reconnaître que cette théorie est plus difficilement applicable au cas où l'acheteur du fonds n'était pas encore commerçant; toutefois, comme il n'y a rien d'anormal à ce que l'accessoire précède le principal même alors, nous n'hésitons pas à admettre la commercialité de l'acte ⁽¹⁾.

27. On le voit, l'idée génératrice de la théorie de l'accessoire est que c'est l'intention de l'auteur de l'acte accessoire qui donne à cet acte son caractère de commercialité.

(1) V. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 175.

Si de cette idée on rapproche cette autre, déjà marquée, que l'acte de commerce est surtout caractérisé par l'esprit de spéculation chez celui qui le fait, on devra décider dans certains cas que l'achat et la vente d'un fonds de commerce ne sont pas commerciaux. Par exemple, si celui qui achète le fonds n'a pas l'intention de l'exploiter, mais seulement, soit de le donner à une autre personne ⁽¹⁾, soit de le consacrer à des expériences scientifiques ⁽²⁾, par exemple encore si celui qui vend un fonds ne le vend que parce qu'il l'a recueilli dans une succession et sans l'intention de continuer le commerce de son auteur ⁽³⁾. Il faudra décider au contraire que celui qui achète un fonds de commerce qui faisait concurrence à celui qu'il exploitait déjà et pour le fermer fait bien là un acte de commerce.

28. Cette application de la théorie de l'accessoire à l'achat et à la vente d'un fonds de commerce que nous acceptons pleinement, est enseignée par la grande majorité des auteurs ⁽⁴⁾.

Quant à la jurisprudence, elle a été jusque dans ces derniers temps fort divisée sur la question. Nombre d'arrêts se sont prononcés pour la commercialité et nombre aussi l'on repoussée ⁽⁵⁾. Toutefois, la jurisprudence semble

(1) V. en sens contraire, Rouen, 25 janv. 1877, S. 78. 2. 104.

(2) Paris, 6 mars 1858.

(3) Anvers, 31 déc. 1877 (*Journ. d'Anvers*, 78. 1. 48). — Cass., 21 juill. 1873 (S. 73. 1. 446). — Nouguiér, t. I, n° 20.

(4) V. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 123. — Alauzet, t. VIII, n° 2968. — Nouguiér, t. I, n° 22. — Demangeat, sur Bravard, t. VI, p. 330.

(5) Pour la commercialité : Dijon, 16 mai 1859, D. 59. 5. 9. — Paris, 18 janv. 1862, D. 62. 5. 7. — Paris, 7 févr. et 30 juill. 1870, S. 71. 2. 149, —

s'être fixée dans le sens de la majorité des auteurs depuis un arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1891. Sous cet arrêt qui est rapporté dans les *Annales de droit commercial* de M. Thaller (année 1891, p. 74), on trouve une note où il est dit : « La largeur de la formule dont
« se sert la Chambre des requêtes prouve que dans sa
« pensée l'acte est commercial, aussi bien de la part
« de l'acheteur que de celle du vendeur, et quand même
« cet acheteur ne serait pas encore commerçant de pro-
« fession au moment de l'opération. Cette solution est à
« tous égards la meilleure ».

§ 2. *Différence entre la vente commerciale
et la vente civile.*

29. La nature juridique du contrat reste la même, qu'il s'agisse d'une vente civile ou d'une vente commerciale. Dans l'un et l'autre cas c'est un contrat consensuel soumis aux principes généraux de ces contrats. Aussi, est-il vrai de dire qu'il y a plus de ressemblances que de différences entre ces deux sortes de ventes qui, en somme, se complètent l'une l'autre.

30. Toutefois, on trouve une première différence entre la vente civile et la vente commerciale si l'on examine les conditions essentielles à leur existence. En droit civil la vente suppose une chose vendue pour un prix du consentement réciproque des parties capables. Sans doute ces

conditions sont nécessaires aussi à l'existence de la vente commerciale, mais elles ne sont pas suffisantes. Et d'abord toute chose ne peut pas faire l'objet d'une vente commerciale; il faut dans cette vente que la chose vendue appartienne à la classe des denrées et marchandises (art. 632, § 1, C. comm.). Et tandis qu'il est admis aujourd'hui par une doctrine et une jurisprudence unanimes que les meubles incorporels peuvent aussi bien que les meubles corporels être considérés comme marchandises et par conséquent faire l'objet d'une vente commerciale, on discute encore sur la question de savoir si l'achat d'immeubles, même opéré dans un but de spéculation est un acte de commerce; cependant sur ce dernier point la majorité des arrêts et des auteurs se prononcent contre la commercialité. De plus une seconde condition est essentielle à l'existence d'une vente commerciale, à savoir l'intention de spéculer sur la chose vendue. Ces deux conditions, on le voit, s'ajoutent à celles déjà exigées pour la vente civile, mais l'absence de l'une d'elles ne fait pas que la vente commerciale soit nulle comme elle le serait à défaut de chose, de prix, de consentement ou de capacité. Le manque d'intention de spéculer où la nature immobilière de l'objet vendu fait de la vente une vente civile en lui enlevant son caractère commercial.

31. Ces deux ventes se différencient encore par les textes de lois qui les régissent et par les sources auxquelles il faut puiser les principes à leur appliquer. La vente civile a été organisée très au long par le législateur qui lui a consacré tout le titre VI du livre III du Code civil (art. 1582-

1701). La vente commerciale, au contraire, n'a jamais été légiférée et aucun texte de loi n'en règle de façon précise les conditions. Il semble qu'elle ait été oubliée par les auteurs de nos codes ou que du moins ceux-ci, en raison même de son importance et de sa variété, aient craint de l'entraver par des lois précises et uniformes. Tout au plus, deux articles du Code de commerce mentionnent la vente commerciale : l'article 109, qui, d'ailleurs s'applique à tous les contrats commerciaux, ne s'occupe de la vente que pour indiquer les modes de preuve par lesquels elle peut se constater ; et l'article 632 qui mentionne certains achats et ventes parmi les actes réputés commerciaux.

32. Aussi est-ce ailleurs que dans le Code de commerce qu'il faut rechercher les lois et les principes qui régissent la vente commerciale. Le Code civil et les usages sont les deux sources où doit puiser le juge pour résoudre les difficultés relatives à la vente commerciale. Dans le Code civil, au titre de la vente se trouvent toutes les règles relatives à la formation et aux effets de la vente, et bien que certains auteurs aient prétendu que la loi commerciale devait se suffire à elle-même, il ne faut pas hésiter à faire application de ces règles générales à la vente commerciale toutes les fois que la loi commerciale est muette.

33. Quant aux usages ils jouent un bien plus grand rôle au commerce qu'au civil et particulièrement en ce qui concerne la vente. Plus nombreux et plus importants, ils doivent être appliqués non seulement en vertu de l'article 1135, C. civ., mais encore parce qu'il est admis unanimement par la doctrine et par la jurispru-

dence que les magistrats doivent tenir compte des usages commerciaux ⁽¹⁾, à condition toutefois que ces usages ne soient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ni à une disposition impérative ou prohibitive de la loi (arg. art. 6, C. civ.). C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu le Conseil d'État dans un avis du 13 décembre 1811 où il est dit « que les tribunaux doivent juger les questions particulières qui se présentent suivant leur conviction, d'après les termes et l'esprit du code et en cas de silence de sa part d'après le droit commun et les usages du commerce ». Cependant, bien que dans cet avis le Conseil d'État place les termes et l'esprit du code avant les usages commerciaux, il est admis de façon générale qu'on doit d'abord tenir compte des usages et ne recourir qu'en second lieu au droit civil, toutes les fois du moins que les dispositions du code ne sont ni impératives ni prohibitives ⁽²⁾. Pour si grande que soit l'influence des usages commerciaux qui peuvent primer certains textes de loi, cette influence toutefois n'est pas sans limite : c'est ainsi qu'il a été jugé que les usages commerciaux ne peuvent être invoqués à l'encontre d'une convention dûment constatée ⁽³⁾. Une loi spéciale, celle du 13 juin 1866, a consacré légalement un certain nombre d'usages relatifs à la vente commer-

(1) Cass., 30 janv. 1865 (S. 65. 1. 403). — Cass., 19 févr. 1873 (S. 73. 1. 273). — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 77 et suiv. — Boistel, n° 24. — Alauzet, t. II, nos 1011 et 1012. — Ripert : *Essai sur la vente commerciale*, p. 10.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 77 et suiv. — Boistel, n° 25.

(3) Cass., 8 janv. 1894 (S. 95. 1. 174). — Cass. ch. civ., 26 mai 1868 (D. 68. 1. 471).

ciale, applicables à défaut de convention contraire (1).

34. Enfin, une dernière différence entre la vente civile et la vente commerciale, que nous ne faisons que signaler ici car nous aurons à y revenir, provient de ce que les articles 109 et 632, C. comm., ne s'appliquent qu'à la seconde de ces deux ventes. Aussi, contrairement à ce qui a lieu pour la vente civile tous les modes de preuve sont admis pour constater la vente commerciale, même la preuve par témoins au-dessus de 150 francs (art. 109), et de plus les ventes commerciales sont de la compétence des tribunaux de commerce où la procédure est plus brève et moins coûteuse (art. 632).

(1) La violation des usages commerciaux peut-elle donner ouverture à cassation? MM. Lyon-Caen et Renault (t. I, n° 85) soutiennent que oui si l'existence de l'usage est constatée par les juges du fond qui sont souverains sur ce point. — La jurisprudence est en sens contraire : Ch. req., 14 août 1817 (S. 19. 1. 29); 11 juin 1825 (S. 25. 1. 245). — Cass., 3 juill. 1844 (S. 44. 1. 667). — En ce sens : Boistel, n° 22.

CHAPITRE II

Application à la vente des fonds de commerce des règles générales de la vente commerciale.

SECTION I

NATURE. — FORMATION ET EFFETS DU CONTRAT.

35. La vente ou la cession⁽¹⁾ d'un fonds de commerce quant à sa nature, sa forme, son objet, la capacité des parties, ses effets et les obligations qu'elle entraîne est soumise à toutes les règles générales de la vente commerciale⁽²⁾. De plus, en raison de la nature spéciale de son objet il faut lui appliquer certaines règles particulières que nous étudierons dans le chapitre suivant.

36. La vente d'un fonds de commerce est un contrat consensuel selon l'article 1582, C. civ., et synallag-

(1) Pour être rigoureusement exact et n'employer que des termes propres il faudrait se servir du mot cession et non du mot vente pour désigner l'opération qui fait passer du vendeur à l'acquéreur la propriété d'un fonds de commerce. Celui-ci en effet, nous l'avons vu, est un meuble incorporel auquel s'applique plus justement le mot cession (V. Lèbre, n° 15). — Mais comme dans l'usage on se sert indifféremment de ces deux termes nous les emploierons aussi tous deux sans distinction.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 237 *bis*. — J. G. de Dalloz S. : *Industrie et commerce*, n° 497. — Paris, 28 mai 1895 (S. 96. 2. 234).

matique puisque les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre (art. 1101, C. civ.). Elle est aussi, en quelque sorte, un contrat aléatoire car elle a pour principal objet l'achalandage, valeur relativement incertaine pour l'acquéreur qui n'est jamais assuré de conserver la même clientèle que son vendeur.

37. La condition essentielle à la validité d'une vente de fonds de commerce et celle qui constitue l'élément indispensable du contrat quant à sa formation, comme d'ailleurs pour toutes les ventes civiles et commerciales, c'est le consentement des parties contractantes. La vente est parfaite quand vendeur et acheteur se sont entendus sur la chose et le prix. Pour déterminer le moment où cette entente intervient, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires de droit qui président à la formation des contrats entre présents ou absents, par correspondance ou par intermédiaires. Ce consentement ne doit être entaché d'aucun vice. Il est, comme dans les contrats en général, susceptible d'être vicié par le dol, l'erreur, la fraude et la violence; mais il n'entre pas dans notre cadre de développer les conditions que doivent réunir ces diverses causes de nullité pour entacher le contrat (V. art. 1109-1112, C. civ.).

38. La vente d'un fonds de commerce peut se produire sous la forme d'un acte sous seing privé ou authentique, elle peut même être faite verbalement, ce qui est rare en pratique ⁽¹⁾. Elle peut en outre, comme toute autre vente,

(1) Paris, 19 janv. 1859; J. C. 8. 335.

se déguiser sous la forme d'un autre contrat sans perdre pour cela son caractère et ses règles ⁽¹⁾.

39. L'objet de la vente d'un fonds de commerce est le fonds lui-même tel qu'il se comporte avec tous les éléments que nous avons déterminés dans notre introduction tels que achalandage, droit au bail, installation, marchandises, enseigne, etc. ⁽²⁾. Mais, comme nous l'avons déjà dit, il n'y a pas entre ces divers éléments de lien indissoluble et quelques-uns d'entre eux seulement peuvent faire partie de la vente, encore toutefois que l'achalandage demeure l'élément essentiel de la vente d'un fonds de commerce. Cela dépend d'ailleurs des conventions des parties qui, presque toujours, sont formelles à cet égard et précisent les éléments du fonds qui sont l'objet de la vente.

40. Des difficultés ne peuvent surgir qu'au cas où les parties se sont abstenues de préciser. Il faut s'en rapporter alors aux usages particuliers à la vente des fonds de commerce de même genre, se rappelant qu'en principe tous les éléments du fonds doivent être compris dans la vente. On discute cependant sur la question de savoir si les livres de commerce appartiennent en principe au cessionnaire du fonds; la jurisprudence actuelle décide qu'à défaut de stipulation contraire dans l'acte de cession, les livres de commerce ne sont pas compris de plein droit dans la

(1) Trib. civ. Seine, 2 mai 1891, *Gaz. trib.* du 11 septembre.

(2) Voir au sujet de l'enseigne et du nom commercial un arrêt intéressant de la Cour de Bordeaux (1^{re} ch.) du 28 oct. 1896 (*Le Droit* du 27 févr. 1897) qui admet des restrictions et des tempéraments appropriés à chaque espèce de contrat et permet de limiter quant à sa durée l'usage du nom et des notoriétés originaires du vendeur.

vente (1). Enfin, l'objet de la vente c'est-à-dire le fonds de commerce vendu, doit être licite et moral (2) (art. 1131-1133, C. civ.).

41. Les parties contractantes doivent avoir la libre disposition de leurs droits. Donc peuvent vendre et acheter un fonds de commerce seulement les personnes qui peuvent disposer de leurs droits et auxquelles la loi n'interdit pas d'acheter ou de vendre (3) (V. art. 1594, 1597, C. civ.). En ce qui concerne les incapables légalement des distinctions doivent être faites.

42. Pour le mineur sa capacité n'est pas la même s'il a

(1) Paris, 10 déc. 1864 (*J. C.*, t. XIV, p. 303). — Paris, 22 janv. 1891 (*Gaz. Pal.*, 91. 1. 288). — *Contrà* : Paris, 19 nov. 1863. — V. Lèbre, n° 75. — Un arrêt de la Chambre des requêtes du 9 nov. 1892 (D. 93. 1. 33) a décidé que la vente d'un fonds de commerce est censée comprendre tous les accessoires et comme tels tous les livres et documents relatifs à la comptabilité, et que l'acquéreur a donc le droit d'en exiger la remise. — Malgré cet arrêt de la Cour suprême un jugement récent du Tribunal de commerce de la Seine a décidé « que la vente d'un fonds de commerce n'implique pas nécessairement de la part du vendeur l'obligation de remettre à l'acquéreur les livres, registres et documents dépendant du fonds vendu. A défaut de stipulation contraire, ces livres et documents restent la propriété du vendeur, à charge par lui de donner à l'acquéreur communication des pièces de nature à faciliter l'exploitation du fonds ». Trib. comm. Seine, 19 nov. 1896 (*J. C.*, 98, p. 194).

(2) Par conséquent serait illégale la vente d'un fonds de commerce destiné à la vente des armes de guerre (L. 14 juill. 1860), ou du gibier en temps prohibé (L. 3 mai 1844), ou d'un établissement formant lieu de réunion pour les paris sur les courses de chevaux (L. 18 juill. 1885). — Une maison de tolérance ne peut faire l'objet d'une vente de fonds de commerce en raison de son caractère immoral. — Comm. Seine, 14 mai 1867 et Seine, 5 févr. 1867 (*J. C.*, 16. 509).

(3) En cas de saisie préalable des meubles ou marchandises faisant partie de la vente, celle-ci serait nulle et ne saurait préjudicier au créancier saisissant. V. Lèbre, n° 40.

été autorisé à faire le commerce conformément à l'article 2, C. comm., et s'il n'a pas été autorisé. Des articles 487 et 1308, C. civ. et de l'article 2, C. comm. il résulte que le mineur commerçant autorisé est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce et n'est point restituable pour les engagements qu'il a pris à raison de celui-ci. D'où il faut conclure que ce mineur pourra tout aussi valablement qu'un majeur acheter et vendre un fonds de commerce, puisque nous avons reconnu que c'était là un acte essentiellement commercial, se rattachant plus que tout autre à l'exercice du commerce. Sans doute, la loi du 27 février 1880 prescrit certaines formalités pour l'aliénation des valeurs mobilières appartenant à un mineur même émancipé, mais cette loi ne parle nullement du mineur commerçant et il résulte même de la discussion à la Commission de la Chambre des députés que cette loi est inapplicable aux mineurs autorisés à faire le commerce. Par conséquent ceux-ci peuvent vendre seuls leur fonds de commerce, bien qu'il soit une valeur mobilière incorporelle (1).

43. Quant au mineur non autorisé conformément à l'article 2 qui aura acheté un fonds de commerce dans l'intention de l'exploiter, son achat, selon nous, est nul, mais de nullité relative conformément à l'article 1125, C. civ. Certains auteurs et des arrêts ont soutenu que dans ce cas, à défaut d'autorisation du mineur, l'acte ne devait pas être tenu pour commercial, et par conséquent la

(1) Trib. civ. Seine (Ch. du cons.), 3 févr. 1886 (*La Loi*, n° du 26 févr. 1886).

lésion devait être en outre exigée comme condition de l'annulation de la vente (1). Mais c'est là à notre sens une fausse interprétation des articles 1305 et suiv., C. civ., car il s'agit bien ici d'un acte pour lequel des formalités spéciales celles de l'article 2, C. comm. sont exigées (2).

Il suit de là que la nullité peut disparaître par application des art. 1338 et 1304, C. civ. (3).

44. Comme le mineur, la femme marié peut être autorisée ou non à faire le commerce. Il y a cette grande différence entre la femme autorisée à être marchande publique et celle qui ne l'est pas à savoir que celle-ci, d'après les principes généraux du droit civil, a besoin pour

(1) Rouen, 3 juill. 1858 (D. 59. 1. 216). — Paris, 17 déc. 1885 (S. 86. 2. 37). — Cass., 21 août 1882 (S. 83. 1. 113).

(2) Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 238. — Rennes, 16 avr. 1894 : J. C. 1895, p. 751.

(3) La Chambre des requêtes dans un arrêt du 24 avril 1861 a décidé que « l'achat du fonds de commerce par un mineur non habilité à faire « le commerce n'est pas subordonné à l'accomplissement des formalités « prescrites par l'article 2, cet achat ne constituant pas en lui-même, surtout « de la part d'un non-commerçant un acte de commerce ; ces formalités ne « sont nécessaires que pour l'exploitation » (D. 61. 1. 256). Certains commentateurs ont voulu voir là, à tort selon nous, une nouvelle exception à l'application de l'article 3, C. comm., telle que celle faite par la majorité des auteurs en faveur de l'assurance maritime (V. *Répertoire Labori*, mot : Commerçant, n° 50). Or, ce n'est pas ce qu'a voulu dire la Cour suprême. Celle-ci par l'arrêt sus-indiqué a simplement décidé que l'achat d'un fonds de commerce par un non-commerçant n'était pas de lui-même un acte de commerce si, comme en l'espèce, il n'avait pas été fait en vue de l'exploitation. Cette décision qui est juste (voir ce que nous avons dit, p. 22) une fois admise, la Cour ne fait qu'en tirer des déductions logiques en décidant que cet achat n'est pas soumis aux formalités de l'article 2, C. comm.

faire tout acte juridique d'une autorisation spéciale de son mari, qui peut résulter d'un acte écrit ou de l'intervention du mari à l'acte, tandis que la première n'a besoin que d'une autorisation générale qui peut même n'être que tacite d'après l'esprit de l'article 4, C. comm. En outre pour les actes d'une femme non commerçante l'autorisation de justice peut suppléer celle du mari (art. 218, C. civ.); tandis que, au contraire, en ce qui concerne l'autorisation générale de l'article 4, bien que la question soit discutée, il vaut mieux, selon nous, admettre que la justice ne peut autoriser la femme à défaut du mari ou malgré lui. Si la femme mariée a été autorisée à faire le commerce, sa capacité en ce cas, est à peu près la même que celle du mineur commerçant et elle peut valablement s'obliger pour tout ce qui est relatif à son négoce (art. 5, C. comm.). En conséquence, elle peut acheter et vendre un fonds de commerce. Toutefois, à la différence de ce qui a lieu pour le mineur, on devra quant à la femme, spécialement au sujet de la vente de son fonds de commerce et pour en apprécier la validité, consulter le régime matrimonial adopté et ses règles spéciales, et les clauses du contrat de mariage ⁽¹⁾.

45. Si la femme mariée n'a pas obtenu l'autorisation

(1) « L'exercice du commerce ne relève donc pas la femme de son incapacité spéciale qui est plus ou moins étendue suivant la doctrine qu'on admet relativement à la dot mobilière. La femme ne peut aliéner les biens qui sont inaliénables en vertu de son contrat de mariage et ses obligations ne sont pas exécutoires sur ces mêmes biens ». — Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 253. — V. art. 7, C. comm.

d'être marchande publique, elle reste soumise quant à l'achat ou la vente d'un fonds de commerce à son incapacité générale telle qu'elle est déterminée par le Code civil et par les règles et clauses de son contrat. Par conséquent il lui faudra une autorisation spéciale de son mari ou de justice pour acheter ou pour vendre un fonds, alors même qu'elle serait séparée de corps et de biens ou qu'elle se serait fait passer pour veuve ⁽¹⁾. Et dans cette seconde hypothèse une autorisation tacite ne saurait suffire, à moins qu'à la suite de l'achat du fonds fait par la femme, celle-ci ne se livrât au commerce au su de son mari, car alors on se trouverait en présence d'une femme habilitée conformément à l'article 4 d'après lequel une autorisation tacite suffit ⁽²⁾. Enfin le législateur n'a pas réédité pour la femme la disposition qu'il a insérée pour le mineur dans l'article 3, C. comm. au sujet des actes de commerce isolés; aussi, si une femme mariée non commerçante fait de ces actes, on devra lui appliquer les règles du droit commun et non celles qui régissent la femme autorisée à être marchande publique.

46. Quant à l'interdit la loi ne s'en est point préoccupée. Il n'est point question au code de son émancipation et de l'autorisation à faire le commerce. D'où il faut conclure que tant que dure l'interdiction il demeure dépourvu de toute capacité, spécialement pour l'achat ou la vente d'un fonds de commerce.

(1) Paris, 21 févr. 1862 (*J. C.* 11. 265).

(2) Paris, 9 janv. 1857 (*J. C.* 6. 150).

47. La vente d'un fonds de commerce a pour principal effet d'opérer la mutation du droit de propriété sur la tête de l'acquéreur. Entre les parties contractantes la réalisation de la vente suffit pour déposséder le vendeur et transmettre à l'acheteur la propriété du fonds. Mais, à l'égard des tiers il y a lieu de distinguer. Le fonds de commerce, on le sait, est un meuble incorporel. Si l'on envisage ce meuble incorporel dans son ensemble, comme formant un tout indivisible, il est certain que la maxime « En fait « de meubles possession vaut titre » ne saurait lui être appliquée. Aussi faut-il décider, ce nous semble, que la propriété du fonds vendu est alors transmise à l'acquéreur par le seul effet de la vente, même à l'égard des tiers, et que de deux acquéreurs successifs, celui-là devra être déclaré propriétaire du fonds qui prouvera l'antériorité de son titre, encore que l'autre eût été mis en possession de bonne foi ⁽¹⁾. Toutefois cette décision qui n'est vraie qu'au cas où deux acquéreurs ont acheté l'un après l'autre le même fonds, et cela en tant qu'universalité, ne saurait être la règle générale de la transmission de la propriété à l'égard des tiers des choses diverses comprises dans un

(1) Il a été jugé récemment par le tribunal de commerce de Marseille que « lorsque un fonds de commerce a été vendu à deux personnes différemment et non encore livré, c'est la vente la plus ancienne qui doit être exécutée à l'exclusion de la plus récente. — Cette ancienneté se règle non par la date de l'acte, mais par celle de l'enregistrement ». Tribunal de commerce de Marseille, 9 juin 1896, *Rec. Marseille*, 96. 1. 236. — Comp. un arrêt de la Cour de Paris (7^e ch.) en date du 28 nov. 1896 (*Gaz. Pal.*, 20 mars 1897) rapporté dans les *Annales* de M. Thaller, année 1897, p. 102.

fonds de commerce. Nous avons vu qu'on peut considérer isolément les éléments variés qui entrent dans la composition d'un fonds de commerce et c'est ce que l'on doit faire quant à la transmission de leur propriété à l'égard des tiers. En conséquence, il faut décider que cette transmission n'aura lieu pour chacun de ces éléments que conformément aux principes généraux du droit.

C'est ainsi que pour les marchandises, l'acquéreur du fonds de commerce pourra se voir évincer par un autre acquéreur, qui le premier aura pris possession de bonne foi de ces marchandises, et cela en vertu de l'article 1141, C. civ. De même, le droit au bail étant une sorte de créance contre le bailleur, si deux cessionnaires successifs de ce droit se trouvent en présence, celui-là sera préféré qui le premier se sera conformé aux prescriptions de l'article 1690, C. civ. (1). Enfin, si dans la vente d'un fonds, il a été compris un brevet d'invention, la cession de ce dernier ne pourra être opposable aux tiers qu'après enregistrement au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte a été passé (art. 20, L. 5 juill. 1844).

48. Un second effet de la vente d'un fonds de commerce, qui n'est en somme que la conséquence du premier, c'est de mettre les risques à la charge de l'acquéreur.

(1) On sait que le droit au bail est un des éléments du fonds de commerce dont il fait partie intégrante. Il est donc, en général, compris dans la vente du fonds, et peu importe que, dans un but fiscal deux actes distincts aient été dressés pour constater l'un la vente du fonds et l'autre la cession du droit au bail. Mais nous ne nous occupons ici que de la transmission du droit au bail à l'égard des tiers.

Ici on n'a qu'à appliquer les principes généraux qui régissent la matière tels qu'ils résultent des articles 1138, 1182 et 1624, C. civ. et de l'article 100, C. comm. On doit remarquer seulement que la vente d'un fonds de commerce est bien une vente en bloc et non une vente au poids, au compte ou à la mesure qui tombe sous l'application de l'article 1586, C. civ. et non sous celle de l'article 1585 du même Code.

SECTION II

OBLIGATIONS DU VENDEUR ET DE L'ACHETEUR.

49. D'après les principes généraux du droit sur la vente, les obligations principales qui résultent de la vente d'un fonds de commerce sont à la charge, soit du vendeur soit de l'acheteur.

50. Conformément aux termes de l'art. 1603 C. civ., le vendeur a surtout deux obligations à remplir : délivrer et garantir la chose vendue.

51. Tandis que le législateur s'est peu préoccupé de la délivrance en matière immobilière, il a établi au contraire des règles plus complètes et plus précises quant à la délivrance des meubles corporels ou incorporels dans les articles 1606 et suivants, C. civ. Pour les premiers, la délivrance s'opère par la tradition effective et pour les seconds par la remise des titres et à défaut de titres par l'usage qu'en fait l'acquéreur du consentement du ven-

deur. On doit appliquer ces règles du droit civil à la vente d'un fonds de commerce. Ce dernier considéré dans son ensemble est un meuble incorporel dont la délivrance, semble-t-il, devrait s'opérer conformément à l'article 1607. Mais il vaut mieux, raisonnant ici, comme pour le transfert de la propriété, et nous rappelant que le fonds de commerce est composé d'éléments divers qui doivent être envisagés dans leur individualité, décider que la délivrance de ces éléments devra se faire d'après les règles applicables à la nature de chacun d'eux. En conséquence, les marchandises, l'installation, l'enseigne comportant la tradition effective devront être délivrées de la main à la main (art. 1606); le droit au bail sera délivré par la remise du bail (art. 1607), auquel d'ailleurs l'acquéreur aura été subrogé dans l'acte de vente ou par acte séparé, et qu'il aura fait signifier au bailleur conformément à l'esprit de l'article 1690, C. civ.; quant à l'achalandage comme il ne repose sur aucun titre et qu'il n'est pas susceptible de tradition, il y aura pour cet élément délivrance suffisante par l'usage qu'en fera l'acquéreur en sollicitant ou conviant la clientèle au moyen de l'enseigne, de l'étalage, etc., du consentement du vendeur.

52. Le vendeur a en outre l'obligation de garantir l'acheteur contre les évictions. Comme la vente d'un fonds de commerce a pour principal objet l'achalandage, l'obligation de garantie se traduit ici par l'interdiction pour le vendeur de faire quoi que ce soit qui pourrait diminuer la clientèle cédée et porter ainsi atteinte aux droits de l'acquéreur, par exemple en exploitant dans un rayon

déterminé une industrie ou un commerce similaire. Cette interdiction, nous le verrons plus bas, est le plus souvent stipulée au contrat de vente par une clause spéciale où le vendeur s'engage à ne point se rétablir dans un périmètre déterminé ou pendant un temps fixé.

53. Mais à défaut de clause spéciale et en présence du silence des parties que devra décider le juge quant à la garantie, devra-t-il autoriser le vendeur à se rétablir? Sur cette question la jurisprudence est partagée en trois opinions. D'après un premier système le vendeur peut se rétablir n'importe où et n'importe quand, car la liberté du commerce étant de droit public (V. la loi des 2 et 17 mars 1791) aucune restriction ne peut y être apportée que par la loi et les conventions ⁽¹⁾. D'après une seconde opinion le vendeur ne peut se rétablir en aucune façon, car il doit s'abstenir de tout acte pouvant détourner directement ou indirectement la clientèle par lui cédée; c'est là, dit-on, une conséquence logique du contrat sainement interprété ⁽²⁾ (art. 1134).

Ces deux systèmes qui, on le voit, s'appuient chacun sur de bonnes raisons n'ont que le tort d'être exagérés dans leurs conclusions. Aussi nous rallierons-nous à une troisième opinion, intermédiaire, de beaucoup la plus suivie ⁽³⁾ qui veut qu'en l'absence de toute clause spéciale le

(1) Toulouse, 27 août 1883 (*Gaz. Trib.*, 4 oct. 1883).

(2) Paris, 7 févr. 1856 (*J. C.* 5. 246). — Agen, 20 juin 1860 (D. 60. 2. 176). — Paris, 25 janv. 1861 (*J. C.* 10. 291).

(3) Paris 11 juill. 1863 (*J. C.* 13. 121). — Lyon 25 mai 1872 (S. 73. 2. 180). — Alger, 24 avr. 1878 (S. 78. 2. 243). — Paris, 7 janv.

vendeur puisse se rétablir à condition toutefois de ne point préjudicier à la clientèle cédée à l'acquéreur. C'est là en effet le seul moyen de concilier le principe de la liberté commerciale avec celui de la garantie dans la vente. Aussi les juges devront-ils dans leur appréciation en fait n'interdire au vendeur de se rétablir que dans un périmètre donné, apprécié en vue de la concurrence possible, ou avant un certain délai arbitré suivant le temps jugé nécessaire à l'acquéreur pour fixer la clientèle. Sans doute, ce système a le grand inconvénient de laisser trop de liberté à l'arbitraire du juge, mais cet inconvénient est moindre que celui des deux autres systèmes qui violent l'un le principe de la liberté du commerce et l'autre le principe de la garantie dans la vente.

54. Au reste les parties peuvent facilement échapper à l'appréciation du juge, en déterminant elles-mêmes par une clause spéciale dans la vente des conditions interdisant au vendeur de se rétablir. C'est là d'ailleurs ce qui a lieu le plus souvent. Toutefois les stipulations formelles des parties ne font pas disparaître toutes les difficultés. C'est ainsi qu'on s'est demandé et avec raison, si l'engagement pris par le vendeur de ne jamais se rétablir était valable? Malgré l'article 1134, C. civ. favorable à la liberté des conventions, la loi des 2 et 17 mars 1791 qui proclame la liberté du commerce et l'article 1133, C. civ. qui décide que les conventions privées ne sauraient avoir une cause illicite nous font admettre que l'interdiction absolue de se

1890 (S. 91. 2. 21). — Lyon, 18 juin 1895 (S. 95. 2. 302 et la note). — Trib. comm. Marseille, 19 mai 1897 (*Rec. Marseille*, 97. 1. 246).

rétablir prise par le vendeur est nulle comme contraire à la loi. C'est en ce sens d'ailleurs que se prononcent la majorité des arrêts de jurisprudence ⁽¹⁾. En revanche la clause stipulée en faveur de l'acquéreur par laquelle le vendeur s'interdit de se rétablir dans un certain périmètre ou dans un temps fixé doit être respectée par les juges, alors même qu'en fait aucun inconvénient ne résulterait pour l'acquéreur du rétablissement du vendeur. Il arrive parfois dans ce cas que les parties n'ont pas précisé la manière dont doit être calculé le périmètre interdit; alors, il nous paraît logique de mesurer la distance convenue d'après le chemin réel qu'il faudrait parcourir pour aller d'un établissement à l'autre, et non à vol d'oiseau, car c'est toujours en vue de la concurrence possible que les parties ont stipulé la clause d'interdiction ⁽²⁾. Quant aux multiples façons dont le vendeur peut violer l'engagement qu'il a pris de ne pas se rétablir, par exemple en s'associant, en louant ses services, en créant un commerce à peu près

(1) Paris, 9 mai 1888 (S. 88. 1. 320). — Cass., 4 juill. 1888 (S. 91. 1. 113). — Civ. Seine, 25 juin 1895 (*J. C.* 96, p. 779). — Paris, 28 mai 1895 (S. 96. 2. 234). De ce que la clause est nulle il ne s'ensuit pas que le vendeur ait le droit de se rétablir partout et en tout temps. Il faudra appliquer alors la théorie du troisième système développée plus haut pour le cas où les parties n'ont pas stipulé dans la vente de clause spéciale au sujet du rétablissement du vendeur. — V. Cass., 9 févr. 1898 rapporté dans le troisième cahier mensuel de Sirey, et la longue note sur la question de savoir si, est valable, la clause par laquelle le vendeur d'un fonds de commerce s'interdit d'une manière expresse et absolue la faculté de former ou de faire valoir directement ou indirectement aucun établissement semblable à celui cédé ou pouvant lui faire une concurrence quelconque?

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 248.

similaire, en prêtant son nom, etc., etc., c'est au juge du fait à en apprécier la gravité quant au préjudice causé à l'acquéreur et relativement à la clause d'interdiction.

55. Que l'interdiction de se rétablir pour le vendeur résulte du principe général de garantie au cas de silence des parties, ou qu'elle résulte d'une clause spécialement stipulée, les conséquences du rétablissement illégal du vendeur sont les mêmes. Celui-ci s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts ⁽¹⁾ pour le préjudice qu'il aura causé à l'acquéreur qui, de son côté, pourrait réclamer la résolution de la vente en vertu de l'article 1184 C. civ.; on va même jusqu'à décider que la fermeture du nouvel établissement pourrait être effectuée *manu militari* (art. 1143, C. civ.) ⁽²⁾. Enfin, par application des principes généraux du droit il faut décider que l'obligation de ne pas se rétablir passe aux héritiers du vendeur, tout comme le droit d'empêcher ce rétablissement se transmet aux ayants droit de l'acquéreur.

56. Outre l'obligation contenue dans l'article 1593, C. civ. qui s'applique aussi aux ventes commerciales ⁽³⁾, l'ache-

(1) Cass., req. 18 juin 1897 (*Gaz. Pal.*, 97. 2. 114). — Voir à ce sujet un arrêt intéressant de la Cour de Paris (7^e ch., 3 mars 1897) (*Gaz. Pal.*, 21-22 mars 1897) qui décide que « lorsque le vendeur d'un fonds de commerce a garanti à l'acheteur un minimum de recettes, cette stipulation, « bien qu'elle n'ait pas été accompagnée d'une clause spéciale, n'en est « pas pour cela dépourvue de sanction et peut donner lieu à une action en « dommages-intérêts ou en diminution de prix ».

(2) Comm. Seine, 21 mars 1861. — Paris, 27 avr. 1861 et Cass., 21 févr. 1862 (*J. C.* 11. 423).

(3) Cet article met à la charge de l'acheteur les frais d'actes et autres accessoires à la vente.

teur d'un fonds de commerce doit encore prendre livraison et payer le prix convenu ⁽¹⁾.

57. Si l'acheteur néglige de prendre livraison dans le délai fixé, ou moralement nécessaire à défaut de conventions, le vendeur a le droit de lui demander des dommages-intérêts ou de poursuivre contre lui la résolution de la vente. Mais une mise en demeure est-elle nécessaire de la part du vendeur ou bien l'expiration du délai convenu, entraîne-t-elle de plein droit résolution de la vente conformément à l'article 1657, C. civ. La question est controversée, et tandis que les uns veulent que l'article 1657 ne s'appliquant pas aux ventes commerciales une mise en demeure soit nécessaire ⁽²⁾, les autres avec la majorité des décisions de la jurisprudence nient la nécessité de cette mise en demeure et soutiennent que l'article 1657 s'applique aux ventes commerciales ⁽³⁾.

58. La principale des obligations qui incombent à l'acheteur d'un fonds de commerce est celle de payer le prix stipulé. Ce prix, soit qu'il ait été fixé d'avance, soit qu'il ait été l'objet d'une évaluation éventuelle d'après le chiffre d'affaires, soit enfin qu'il ait été déterminé par expert, de-

(1) Nous renvoyons au chapitre suivant l'obligation que lui impose l'usage dans certaines villes de publier la vente et de conserver le prix pendant un certain délai.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 356, texte et note. — Trib. comm. du Mans, 22 juill. 1890 (*La Loi*, n° du 4 oct. 1890).

(3) Req. 19 févr. 1873 (D. 73. 1. 301). — Trib. comm. Marseille, 12 oct. 1876 (*Journ. de Marseille*, 1877. 1. 44). — Cass., 11 juill. 1882 (S. 82. 1. 472). — Dans le même sens, V. Ripert, *op. cit.*, p. 129 et suiv. — Laurent, t. XXIV, n° 312 *bis*. — Guillouard, t. II n° 637. — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 121.

meure dû par l'acquéreur au jour et au lieu convenus (art. 1650, C. civ.). Et ici, comme en matière civile, le prix peut être payable à terme ou au comptant. Les causes de déchéance du terme sont les mêmes que celles organisées par les articles 1188 et 1613, C. civ. Toutefois on trouve des décisions de jurisprudence en sens opposé sur le point de savoir si le fait de la revente du fonds de commerce, en l'absence d'une clause spéciale, constitue une diminution des sûretés qui rend le prix immédiatement exigible conformément à l'article 1188, C. civ. (1).

S'il n'a pas été fixé de date pour le paiement du prix, celui-ci devra être payé par l'acheteur lors de la délivrance (art. 1651, C. civ.).

Toutefois à Paris et dans certaines autres grandes villes il existe un usage que nous étudierons plus loin, et dont il faut tenir compte, qui veut que, même dans une vente au comptant, l'acheteur conserve le prix devers lui pendant un délai de dix jours pour permettre aux créanciers du vendeur de sauvegarder leurs droits sur ce prix. Il est bon, en outre, de remarquer ici que souvent dans l'usage le prix est quittancé dans l'acte de vente et la partie de ce prix non payée comptant réglée en billets causés valeur en fonds de commerce; eh bien, ce n'est là qu'un mode de paiement qui n'entraîne pas novation de la créance du vendeur (2).

(1) V. dans le sens de l'affirmative : Rouen, 18 avr. 1868 (S. 69. 2. 18). — Trib. comm. Nantes, 22 juill. 1885 (*Recueil de Nantes*, 1886, 1. 69). — *Contrà* : Paris, 25 avr. 1873 (*J. C.*, t. XXII, n° 42). — Trib. comm. Marseille, 5 nov. 1886 (*Recueil de Marseille*, 1887, 1. 20).

(2) Cass., 29 nov. 1852 (S. 52. 1. 792). — Aubry et Rau, t. IV, p. 218. — Laurent, t. XVII, p. 283-285. — Lèbre, n° 21.

59. Le droit du vendeur d'un fonds de commerce sur le prix est garanti de la même manière que dans toutes les ventes. C'est ainsi que ce vendeur, quand la vente a eu lieu sans terme, jouit du droit de rétention (art. 1612, C. civ.) et du droit de revendication qui en est le complément (art. 2102-4°, C. civ.). Il a de plus, que la vente ait été faite avec terme ou sans terme, un privilège d'après l'art. 2102-4°, C. civ. ⁽¹⁾ et une action en résolution d'après l'art. 1654 du même code.

60. Mais en matière commerciale ces diverses garanties n'assurent pas de façon aussi efficace qu'en matière civile les droits du vendeur, car elles peuvent être annihilées par la faillite ou la liquidation judiciaire de l'acquéreur. Aux termes mêmes en effet de l'article 550, C. comm., tel qu'il a été modifié par la loi du 22 février 1872 « le privilège et le droit de revendication établis par le n° 4 de

(1) Ce privilège existe pour la vente des choses incorporelles comme pour celle des choses corporelles : Paris, 25 juill. 1882 (D. 83. 2. 215). — Trib. comm. Seine, 2 mars 1889 (*La Loi*, n° du 20 mars 1889). — Le règlement du prix de vente en billets dont nous avons parlé plus haut n'emportant pas novation ne fait pas disparaître le privilège. Si l'acheteur a revendu le fonds avant d'avoir payé son prix il semblerait aux termes mêmes de l'article 2102-4° que cette revente fait perdre au vendeur primitif son privilège. C'est ce qu'a supposé le tribunal civil de la Seine dans un jugement de sa 2^e chambre en date du 9 déc. 1896 (*Gaz. Pal.*, 13 mars 1897) (V. Thaller : *Annales du droit commercial*, année 1897, p. 103 et suiv.). — Dans le cas de ventes successives d'un fonds de commerce le privilège de l'article 2102, § 4 ne peut être exercé que si le fonds se trouve encore en la possession du débiteur. En outre, ce privilège ne s'exerce que sur le prix de la vente ou de la revente consentie par le successeur immédiat et non sur les reventes ultérieures (Trib. civ. Seine, 15 févr. 1897, *la Loi*, 2 mars 1897).

« l'article 2102, C. civ. au profit du vendeur d'effets mobiliers ne peuvent être exercés contre la faillite ». Or, il est certain que cette disposition de l'art. 550 s'applique au vendeur d'objets mobiliers incorporels, tels que le fonds de commerce, puisque la proposition de ne pas étendre l'article 550 aux objets de cette nature a été repoussée lors du vote de la loi ⁽¹⁾. Peu importe d'ailleurs que le vendeur ait ou non opéré la délivrance du fonds de commerce vendu lors de la faillite de l'acheteur. Il n'y a pas lieu, en effet, de faire ici l'application de l'article 576, C. comm., car cet article ne saurait viser que des objets corporels qui sont seuls susceptibles du mode de tradition extinctif de l'action en revendication ⁽²⁾.

61. Pour ce qui est de l'action en résolution qui appartient au vendeur, encore que l'article 550, C. comm. n'en parle pas, il résulte de son esprit tout au moins que cette action est enlevée au vendeur par la faillite de l'acheteur. En effet, sans vouloir, comme quelques-uns l'ont fait, confondre l'action en revendication de l'article 550 et l'action résolutoire proprement dite, et nous rangeant à l'opinion de la majorité des auteurs qui les distinguent nettement ⁽³⁾, nous soutenons que, puisque la loi prive le ven-

(1) C'est pourquoi chaque fois que le prix de vente d'un fonds de commerce étant insuffisant pour désintéresser tous les créanciers du vendeur, un précédent vendeur du fonds veut faire valoir son privilège, les autres créanciers s'empressent de faire déclarer leur débiteur en faillite afin d'anéantir le privilège invoqué contre eux.

(2) Paris, 11 déc. 1822.

(3) V. Aubry et Rau, t. IV, § 536, p. 406. — Demolombe, t. XXV, p. 502. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 3012.

deur du droit de revendication, bien moins dangereux pour les créanciers de l'acquéreur failli, il est logiquement conséquent de le priver aussi du droit de résolution. C'est là du reste une opinion presque universellement admise en doctrine et en jurisprudence⁽¹⁾. Il a même été jugé qu'une clause expresse ne permettrait pas au vendeur impayé d'exercer le droit de résolution en cas de faillite de l'acheteur⁽²⁾.

62. Toutefois, il faut admettre que, soit la suppression de l'action en revendication, soit la suppression de l'action en résolution n'ont été édictées que pour les cas où ces deux actions sont dirigées contre la faillite de l'acquéreur et non pour les cas où elles ont été intentées antérieurement à la déclaration de cette faillite⁽³⁾.

63. Quant au droit de rétention qui pourrait appartenir au vendeur d'un fonds de commerce, comme il ne peut être exercé par le vendeur qui s'est dessaisi du fonds qu'au moyen du droit de revendication, celui-ci, disparaissant au cas de faillite de l'acheteur, entraîne la perte du droit de rétention. Mais, si lors de la faillite de l'acheteur le fonds de commerce n'a pas encore été livré, le vendeur aura dans ce cas le droit de rétention d'après l'article 577,

(1) Caen, 3 janv. 1849 (D. 51. 2. 103). — Civ. rej., 21 avr. 1884 (D. 84. 1. 241 et la note). — Civ. cass. 16 févr. 1887 (D. 87. 1. 201). — Civ. cass. 24 déc. 1889 (D. 90. 1. 161 et la note). — Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. VIII, n° 2784). — Demangeat, sur Bravard, t. V, p. 535. — Boistel, n° 1005. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 3012.

(2) Rennes, 23 août 1847 (D. 49. 2. 111).

(3) Douai, 17 juin 1875 (D. 76. 2. 66). Cass. ch. civ. 24 déc. 1889 (D. 90. 1. 161).

C. comm., qui s'applique aux meubles incorporels comme aux meubles corporels.

SECTION III

PREUVE ET COMPÉTENCE.

64. Les moyens de prouver la vente d'un fonds de commerce ne sont autres que ceux contenus dans l'article 109, C. comm., auxquels il convient d'ajouter d'après les principes généraux sur la matière : l'aveu, le serment, les présomptions de l'homme et les présomptions légales. Des sept modes de preuve énumérés dans l'article 109, trois s'appliquent plus particulièrement dans la pratique aux ventes des fonds de commerce, à savoir : la preuve par acte sous seing privé, la preuve par correspondance et la preuve testimoniale. Il est très rare en effet, quoique cela ait lieu quelquefois ainsi que nous le verrons plus loin, que les ventes de fonds soient constatées par acte public. En revanche presque toutes ces ventes sont constatées par acte sous seing privé. Mais contrairement à la disposition de l'article 1325, C. civ., la formalité du double exemplaire n'est pas ici indispensable pour la validité de l'acte. Quoiqu'on ait discuté à ce sujet, l'usage commercial a fini par l'emporter conformément d'ailleurs à la logique, puisque la partie privée de son double n'en est pas réduite pour cela à s'en rapporter à l'aveu de son adversaire ou au serment qu'elle lui aura déferé et qu'elle peut au con-

traire prouver le contrat par tous les moyens de preuve possibles⁽¹⁾. Une seconde exception aux principes généraux régissant les actes sous seing privé, quant à la force probante de ces actes, est que l'article 1328, C. civ., ne s'applique pas aux actes sous seing privé constatant un contrat commercial⁽²⁾. Par conséquent, toutes les fois qu'il sera nécessaire de constater la sincérité de la date d'une vente de fonds de commerce, cette sincérité pourra être établie, même à l'égard des tiers, par tous les modes de preuve : l'enregistrement de l'acte, pas plus que les deux autres moyens de l'article 1328 ne sont indispensables pour cela.

65. La vente d'un fonds de commerce peut encore quelquefois dans la pratique être prouvée par correspondance, à l'encontre de ce qui est admis en droit civil où la correspondance ne peut servir que de présomption ou de commencement de preuve par écrit. Ce moyen de preuve souvent usité au commerce, même pour des contrats autres que la vente, est pourtant dangereux, car la simulation est possible, rien ne prouvant que la lettre invoquée a été envoyée et reçue. Aussi dans le but d'éviter la fraude, exige-t-on, pour que la preuve par correspondance soit admise à l'égard d'une vente d'un fonds de commerce comme à l'égard des autres contrats commerciaux, que le copie de

(1) Lyon, 23 nov. 1889 (*La Loi*, du 4 août 1890). — Aubry et Rau, t. VIII, p. 756. — Ripert, p. 213-216. — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 56.

(2) Cass., ch. civ., 21 avr. 1869 (S. 69. 1. 350). — Nancy, 19 févr. 1890 (D. 91. 2. 283). — Aubry et Rau, t. VIII, § 756, p. 242. — Pardessus, t. II, n° 246. — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 58.

lettres produit soit régulièrement tenu, conformément à l'article 8, C. comm., et qu'aucune circonstance de la cause ne fournisse d'élément contraire.

66. Enfin, un autre mode de preuve usité en matière de vente de fonds de commerce est la preuve testimoniale. Sans doute, le plus grand nombre de ces ventes sont constatées par des actes écrits et la minorité seulement sont conclues verbalement, mais il advient toutefois qu'on a souvent recours à la preuve testimoniale soit pour compléter les actes écrits, soit même pour prouver contre ces actes. Contrairement en effet, aux principes du droit civil, au commerce il est dérogé aux deux prohibitions de l'article 1344, C. civ., et non seulement la preuve par témoin et par conséquent par présomptions est admissible, en l'absence de tout écrit, quelque soit l'intérêt du litige ⁽¹⁾, mais encore elle l'est contre et outre le contenu aux actes ⁽²⁾. On doit donc appliquer ces deux exceptions aux principes généraux aux ventes de fonds de commerce et décider que ces ventes pourront être prouvées par témoins, même au-dessus de 150 francs, et que par témoins aussi on pourra contredire ou compléter les actes écrits les constatant. Toutefois, il faut reconnaître que les juges du fond sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou repousser la preuve testimoniale et peuvent refuser de l'or-

(1) Req., 5 mars 1894 (D. 94. 1. 168).

(2) On a discuté sur cette seconde exception à l'article 1341, mais la majorité des auteurs l'admet aujourd'hui au même titre que la première. — V. Aubry et Rau, t. VIII, § 763 *bis*, p. 325 et la note. — Bonnier, *Traité des preuves*, (édit. Larnaude), n° 145. — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 78.

donner s'ils estiment que les circonstances s'opposent à son admission ⁽¹⁾.

67. Le principe général qui établit la compétence des tribunaux consulaires pour juger les litiges relatifs à la vente des fonds de commerce est contenu dans l'article 634, C. comm. Cet article, en effet, dispose que les tribunaux de commerce connaîtront des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Or, nous l'avons déjà vu, la vente d'un fonds constitue en règle générale un acte essentiellement commercial et par conséquent, les difficultés litigieuses ⁽²⁾, qui peuvent s'en suivre, doivent être portées devant la juridiction consulaire. Toutefois, puisque cette juridiction n'est compétente que parce qu'il s'agit d'un acte de commerce, il faut décider qu'elle cesse de l'être lorsque la vente d'un fonds n'est pas commerciale, soit en raison de la qualité des parties, soit en raison de leur intention, par exemple, lorsqu'un fonds de commerce a été vendu par des héritiers non-commerçants ou lorsqu'un fonds a été acheté, soit pour le donner, soit pour y faire des expériences scientifiques (V. pp. 21 et 22). De plus, le tribunal de commerce serait incompétent au cas où la partie actionnée, soit le vendeur, soit l'acheteur d'un fonds aurait été incapable de faire un acte de commerce, tels un mineur non habilité ou une femme mariée non autorisée.

(1) Req., 9 août 1880 (D. 81. 1. 214 et la note).

(2) Peu importe que ces difficultés aient trait à des conventions purement civiles, si ces conventions ne sont que l'accessoire d'une vente de fonds de commerce. — V. Paris, 18 mai 1893 (*J. C.* 94, p. 332). — Trib. comm. Seine, 15 mars 1895 (*J. C.* 96, p. 141).

Les conséquences de la nullité des actes d'un incapable, en effet, ne peuvent être appréciées que par les tribunaux civils seulement.

68. Mais il peut arriver, et cela arrive fréquemment que la vente d'un fonds de commerce soit commerciale à l'égard d'une partie contractante et civile à l'égard de l'autre. Cette vente rentre alors dans la catégorie des actes mixtes au sujet desquels la compétence commerciale ou la compétence civile est assez difficile à déterminer. D'après les principes du droit sur la matière on doit décider, ce semble, que la juridiction compétente sera la juridiction consulaire ou la juridiction civile selon que le défendeur aura ou non fait acte de commerce dans la vente du fonds, puisque d'après les règles du Code de procédure c'est d'ordinaire au point de vue du défendeur qu'on se place pour déterminer le tribunal compétent ⁽¹⁾. Et, toutefois, ce n'est pas là la solution admise par la jurisprudence française. Celle-ci, en effet, tout en admettant que la partie pour laquelle l'acte litigieux a le caractère civil ne peut être actionnée que devant des juges civils, lui reconnaît le droit d'appeler son adversaire pour qui l'acte a un caractère commercial devant la juridiction de son choix civile ou commerciale, le privant ainsi de ses juges naturels quand elle l'appelle devant la juridiction civile ⁽²⁾. De plus, au cas de plusieurs

(1) Glasson : *De l'incompétence absolue* (*Revue critique de législation*, 1881, p. 245) et note sur un arrêt d'Aix du 15 janv. 1884 (D. 85. 2. 49). — Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 361.

(2) Cass., 11 janv. 1869 (S. 69. 1. 13). — Paris, 21 juill. 1873 (S. 73.

défendeurs qui tous n'ont pas fait acte de commerce le tribunal civil est seul compétent comme formant la juridiction de droit commun.

69. Le caractère de l'acte différent pour chaque partie n'est pas la seule cause pour laquelle une vente de fonds de commerce peut être à la fois civile et commerciale, elle peut l'être encore parce qu'elle porte en même temps sur une chose mobilière, le fonds lui-même, et sur un immeuble où ce fonds est exploité. Dans ce cas, la jurisprudence, conformément d'ailleurs aux principes du droit et de la raison, pour déterminer la juridiction compétente recherche quel est l'élément principal de la vente. Si c'est le fonds de commerce lui-même et si l'immeuble n'est que l'accessoire les juges consulaires doivent être compétents; dans le cas contraire ce sont les juges civils ⁽¹⁾.

70. En général, les tribunaux de commerce sont incompétents pour connaître de toutes actions en dommages-intérêts motivées sur un délit ou un quasi-délit du défendeur. Toutefois, la jurisprudence décide que la juridiction consulaire est compétente pour connaître entre commer-

1. 446) — Aix, 15 janv. 1884 (déjà cité). — Cass., 30 juill. 1884 (D. 86. 1. 193). — Limoges, 3 mars 1885 (S. 85. 2. 150). — C'est peut-être à cette théorie de la jurisprudence qu'il faut rattacher une décision récente de la Cour de Paris d'après laquelle : « Est de la compétence du « tribunal civil et non de celle de la juridiction commerciale l'action intentée par un non-commerçant contre un commerçant afin de réalisation, « sous astreinte, d'une promesse d'association et de vente d'une part d'un « fonds de commerce ». Paris, 15 mai 1895 (*J. C.* 96, p. 367).

(1) Trib. comm. Seine, 9 juin 1852 (*J. C.* 52. 262). — Trib. comm. Havre, 6 juill. 1880 (*J. C.*, t. XXX, p. 231). — V. *Revue critique de législation*, t. XXIV, p. 228, t. XXV, p. 539).

cants des obligations qui naissent de quasi-délits, lorsque ces obligations dérivent de faits commerciaux (1). Par conséquent, il faut admettre que l'action en dommages-intérêts formée par un acheteur de fonds de commerce contre son vendeur et basée sur des faits de concurrence déloyale est de la compétence des tribunaux de commerce (2).

71. Il n'entre pas dans le cadre de notre ouvrage de préciser plus exactement la juridiction compétente au sujet des ventes de fonds de commerce. Ce que nous venons de dire a plus particulièrement trait à la compétence *ratione materiæ* et doit être complété par les règles spéciales de compétence en matière de faillite (V. les art. 635, 500, 512, 446 et suiv., C. comm.).

72. Quant à ce qui se rapporte à la compétence *ratione personæ* nous n'avons pas davantage l'intention de l'étudier ici. Nous remarquerons simplement que l'article 420, C. proc. civ., accorde en matière de compétence aux plaideurs commerçants des facilités plus grandes en disposant que, outre le tribunal du domicile du défendeur, qui est le tribunal de droit commun, le demandeur pourra assigner à son choix, soit devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit devant le tribunal du lieu où le paiement devait être effectué.

(1) Demangeat, sur Bravard, t. VI, p. 402, n° 1. — Alauzet, t. VI, n° 2957, p. 783. — Massé, 2^e édit., t. IV, n° 2611 et s. — Nouguiér, t. II, p. 354. — David : *De la compétence en matière commerciale*, n° 36 et 37.

(2) Aix, 3 juin 1863 (S. 64. 2. 167). — Paris, 28 avr. 1866 (S. 66. 2. 314). — Alger, 2 juill. 1877 (*Bulletin de cette cour*, 77. 245).

Nous renvoyons donc le lecteur aux ouvrages spéciaux sur la matière ⁽¹⁾.

(1) V. Acremant : *Compétence d'attributions des tribunaux de commerce* (Thèse, Paris, 1875). — Boitard, Colmet-Daage et Glasson : *Leçons de procédure civile*. — Carré et Chauveau : *Lois de la procédure*. — David : *De la compétence en matière commerciale* (Thèse, Paris, 1896). — Glasson : *De l'incompétence absolue* (article dans la *Revue critique*, 1881). — Le Poittevin : *Compétence et attribution des tribunaux de commerce* (Thèse, Caen, 1878). — Lyon-Caen et Renault : *Traité de droit commercial*. — Nouguié : *Des tribunaux de commerce et des commerçants*. — Orillard : *De la compétence d'attributions et de la procédure des tribunaux de commerce*. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*.

CHAPITRE III

Règles et usages particuliers.

SECTION I

PUBLICATION DES VENTES DE FONDS DE COMMERCE ET OPPOSITIONS.

73. Sur l'importance générale des usages en droit commercial et sur leur force obligatoire nous ne reviendrons pas ici, ayant déjà étudié la question plus haut (V. p. 25 et 26). Nous ajouterons seulement que la force de l'usage vient surtout de la volonté tacite des parties et qu'il suffit en fait de savoir si l'usage a été connu des parties contractantes ou a pu l'être. C'est d'après ce principe qu'il faut décider que l'usage particulier à une région ou à une ville n'est pas obligatoire pour une partie étrangère à cette région ou à cette ville et qui n'a pas été prévenue de l'existence de l'usage⁽¹⁾. De plus, les usages locaux doivent l'emporter sur les usages généraux et les usages spéciaux à telle branche de commerce sur tous autres usages.

74. En matière de vente immobilière un système de publicité a été organisé par la loi de 1855 : la transcrip-

(1) Lyon, 26 janv. 1869 (S. 69. 2. 195).

tion. Le législateur, au contraire, ne s'est point préoccupé de la publicité à donner à la vente mobilière en raison surtout de la difficulté de constater les multiples transactions qui peuvent intervenir au sujet des meubles et par crainte aussi d'entraver par une mesure quelconque de publicité les transactions commerciales qui veulent être rapides.

75. Mais en matière de vente de fonds de commerce le besoin d'une publicité s'est fait sentir et l'usage est venu suppléer la loi. Un fonds de commerce, nous l'avons vu, est de par sa nature destiné à faire l'objet de nombreuses mutations, à Paris surtout. Alors les intérêts des créanciers qui n'ont accordé crédit à leur débiteur que parce qu'il était propriétaire du fonds, les droits d'un premier vendeur non encore payé comme ceux d'un acquéreur ignorant une précédente vente ne peuvent être efficacement sauvegardés qu'au moyen de la publicité donnée à la vente. En prévenant les divers intéressés de la vente du fonds, le débiteur ou plus exactement l'acquéreur leur fournit l'occasion de prendre sur le prix de cette vente des mesures conservatoires de leurs droits ; ce qu'ils s'empressent de faire d'ordinaire au moyen d'oppositions, comme nous le dirons plus loin. C'est là un système pratique pour déjouer la fraude d'un propriétaire de fonds de commerce qui, criblé de dettes, et avec l'intention de frustrer ses créanciers vendrait clandestinement son fonds, en toucherait le prix comptant et anéantirait ainsi le seul gage sur lequel ses créanciers lui avaient fait crédit.

76. Voici dans la pratique commerciale comment les

choses se passent à Paris ⁽¹⁾. La vente du fonds de commerce est publiée par les soins de l'acquéreur, d'ordinaire après entente préalable avec le vendeur, dans un des journaux d'annonces judiciaires. Cette publication est un avis au public et en particulier aux créanciers du vendeur, les prévenant en règle générale de la date de la vente, de la date de la prise de possession, du lieu où les oppositions seront reçues et par qui elles le seront. D'après l'usage un délai de dix jours, à partir de la date de cette publication, est accordé aux créanciers du vendeur pour former opposition soit entre les mains de l'acquéreur, soit entre les mains d'un mandataire choisi par lui ⁽²⁾.

77. Cette coutume de publier les ventes de fonds de commerce et d'accorder un délai pour former opposition aux créanciers même chirographaires du vendeur est une sorte de droit de suite sur le prix de vente qui rappelle, de loin il est vrai, le droit de suite résultant de l'hypothèque en matière immobilière. Mais cet usage, à Paris du moins est immémorial. Aussi, est-il intéressant de rechercher de façon précise quelle force il peut avoir en droit.

78. Sur l'autorité obligatoire de la publication des

(1) Nous étudierons ici l'usage de publier les fonds de commerce tel qu'il se pratique à Paris. Sans doute, pour les autres villes où cet usage existe, les problèmes généraux de droit que nous aurons à étudier doivent recevoir la même solution, et les principes de doctrine ou de jurisprudence restent les mêmes. Mais cet usage peut varier dans les détails pour des localités diverses et nous ne voudrions pas induire le lecteur en erreur à ce sujet.

(2) Nous expliquerons plus loin le mécanisme de ces oppositions.

ventes de fonds de commerce plusieurs systèmes se sont formés dans la doctrine et la jurisprudence françaises, en l'absence d'un texte de loi qui tranche la question.

79. La plus ancienne théorie consacrée par les auteurs et les arrêts est que cet usage a force de loi. Jusque dans ces derniers temps même la jurisprudence des tribunaux et de la Cour de Paris semblait fixée en ce sens ⁽¹⁾. Mais depuis quelques années un revirement semble s'être opéré et à Paris surtout deviennent de plus en plus nombreuses les décisions de justice qui disposent que cet usage n'a pas force de loi ⁽²⁾. La décision la plus récente que nous connaissions dans ce sens est un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 4 juin 1888 (rapporté dans les *Annales de droit commercial* de M. Thaller, année 1889, p. 6 et la note). Il nous a paru intéressant de reproduire ici un des attendus de ce jugement parce qu'il indique bien les tendances de la jurisprudence actuelle sur la question.

« Attendu, est-il dit dans ce jugement, qu'il n'existe
« aucun texte de loi qui différencie les ventes de fonds de

(1) Civ. Seine, 31 mars 1868 (D. 68. 3. 96). — Civ. Seine, 1869 (D. 70. 3. 87). — Civ. Lyon, 23 nov. 1880 (*J. C.*, t. XXX, p. 242). — Comp. aussi Req., 23 nov. 1881 (S. 82. 1. 84). — Boistel, n° 432. — Ruben de Couder, v° *Fonds de commerce*, n° 36. — Mérot, *op. cit.*, p. 52 et 53. — Lyon-Caen et Renault : *Précis*, t. I, n° 886. — Lèbre, n° 144. — V. encore dans ce sens, Trib. comm. Rouen, 23 mars 1896 (*Le Droit*, 15 avr. 1896).

(2) Civ. Seine, 5 févr. 1859 (S. 59. 2. 56 et la note); 28 mai 1878 (*J. C.*, t. XXVII, p. 343); 30 juin 1881 (*J. C.*, t. XXX, p. 670); 13 avr. 1882 (*Revue du notariat*, 82, p. 461). — Paris, 18 févr. 1882 (S. 83. 2. 91). — Bordeaux, 27 août 1883 (S. 84. 2. 96).

« commerce d'avec les autres ventes mobilières, et res-
« treigne à l'égard de ces ventes la volonté des parties;
« que l'usage généralement adopté de retarder pendant
« dix jours le paiement du prix pour permettre aux créan-
« ciers de faire opposition ne saurait, en l'absence de texte,
« être obligatoire et avoir force de loi; qu'il est donc
« permis aux parties de déroger à cet usage, pourvu
« qu'elles le fassent sans fraude, que le fait de ne pas
« publier la vente ou d'abrégier les délais ne saurait être
« considéré comme constituant par lui-même un acte de
« mauvaise foi ou une faute pouvant à l'égard des créan-
« ciers du vendeur entraîner la nullité du paiement ».

80. Dans un troisième système pour lequel on trouve des décisions de jurisprudence, on semble admettre que l'usage est obligatoire, mais on soutient en revanche que les parties peuvent d'un commun accord réduire à leur convenance le délai de dix jours ⁽¹⁾.

81. Enfin, pour être complet nous devons signaler une quatrième théorie émise par MM. Lyon-Caen et Renault dans leur *Traité* (t. III, n° 251). Ces auteurs qui, dans leur *Précis* (t. I, n° 686) avaient admis sans restriction la force obligatoire de l'usage ont cru devoir modifier depuis leur opinion. Ils enseignent aujourd'hui que l'usage commercial n'ayant de valeur que par interprétation de la volonté des parties, celles-ci par suite sont libres d'y renoncer. Et ils en tirent cette conséquence que si l'acheteur et le vendeur d'un fonds de commerce le conviennent, ils peuvent

(1) Seine, 13 avr. 1882 (*Gaz. Trib.*, 15 avr. 1882).

ne faire aucune publicité. Mais, et c'est ici que leur théorie devient originale, ajoutent-ils, si les publications ont eu lieu le vendeur et l'acquéreur ne peuvent plus ne pas tenir compte du délai complet de dix jours et ils doivent le respecter ⁽¹⁾. L'opinion nouvelle des deux savants professeurs nous paraît reposer sur un principe inexact qu'ils émettent d'ailleurs, à savoir qu'un usage ne peut pas créer un droit pour les tiers, qui sont ici les créanciers opposants.

82. Pour nous, au contraire, nous croyons que l'usage peut créer un droit pour les tiers et que précisément la coutume de publier les ventes de fonds de commerce n'a été instituée qu'en vue des créanciers du vendeur.

Aussi, préférons-nous de beaucoup nous ranger à l'opinion émise par MM. Lyon-Caen et Renault dans leur *Précis*, opinion d'ailleurs partagée par la majorité des auteurs qui ont étudié la question (V. la note 1 de la page 60), et qui admet que l'usage de publier les ventes de fonds de commerce a force de loi. Pour lui dénier cet effet, il faudrait établir conformément aux principes généraux que nous avons exposés sur les usages commerciaux, que cet usage est contraire à une disposition impérative ou prohibitive de la loi à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ce que ne font pas les partisans du système qui soutient que cet usage n'est pas obligatoire. Quant à la troisième théorie qui reconnaît que la publication des ventes de fonds de commerce est obligatoire, mais permet aux parties d'abréger

(1) V. d'ailleurs en ce sens : Seine, 26 mai 1883 (*J. C.*, 33. 389).

le délai de dix jours, nous la repoussons également parce qu'elle est illogique. Pourquoi, en effet, obliger le vendeur et l'acquéreur à publier la vente si on les autorise à rendre illusoire cette publication, par exemple, en réduisant à quelques heures, le délai pendant lequel seront reçues les oppositions. Et d'ailleurs, en droit commercial, un usage établi est à l'instar d'une loi et les parties n'ont pas le droit d'en prendre et d'en laisser ce qui leur convient.

83. La conséquence rationnelle du caractère obligatoire de l'usage de publier les ventes de fonds de commerce, que nous acceptons pleinement, est que l'acquéreur doit pendant un délai de dix jours, conserver entre ses mains ou entre celles de son mandataire, son prix d'acquisition pour permettre aux créanciers du vendeur de faire opposition. En effet, par le fait des publications dans les journaux par l'acquéreur, il s'est formé entre ce dernier, le vendeur et les créanciers du fonds cédé, un quasi-contrat aux termes duquel l'acquéreur a pris l'engagement de ne payer qu'après le délai d'usage. Si donc, pendant ce délai, l'acquéreur se dessaisissait de son prix au profit du vendeur, il s'exposerait à être obligé de le payer une seconde fois aux créanciers opposants ⁽¹⁾.

84. Dans l'opinion, que nous acceptons, qui déclare obligatoire l'usage de publier les ventes de fonds de commerce une question se pose : le délai de dix jours doit-il

(1) Paris, 27 déc. 1893 (*Gaz. Pal.*, 94. 1. 172); 29 avr. 1897 (*Gaz. Pal.*, 97. 1. 62). — Trib. comm. Marseille, 11 févr. 1896 (*Monit. Midi*, 23 août 1896).

être franc, c'est-à-dire faut-il le compter sans tenir compte du jour de la publication et de celui du paiement par l'acheteur? Ici encore la jurisprudence est divisée, et on trouve des décisions dans l'un et l'autre sens ⁽¹⁾. Pour nous, nous croyons avec M. Boistel que l'usage doit être suivi même sur ce point et que l'acheteur ne peut payer valablement que le onzième jour, non compris celui de la publication.

85. Pour si répandu que soit en France dans nos grandes villes commerçantes l'usage de publier les ventes de fonds de commerce, cet usage toutefois n'est pas absolument général. C'est ainsi qu'il paraît ne pas exister à Épinal, à Bordeaux et à Montpellier ². De plus, dans d'autres villes, bien qu'il soit reconnu, il se différencie de celui de Paris par certains détails : à Marseille, par exemple, le délai pour les oppositions n'est que de huit jours. Mais ces différences entre localités ne font rien au fond, car nous l'avons dit au début de ce chapitre les usages commerciaux doivent s'appliquer seulement là où ils existent et de la façon dont ils ont été établis.

86. Il n'en est pas moins vrai, en présence surtout de cette diversité si grande des décisions judiciaires et de l'incertitude qui en résulte pour les commerçants que le besoin d'une loi sur la matière se fait impérieusement sen-

(1) Pour : Civ. Seine, 31 mars 1868 (S. 69. 2. 56) et 8 oct. 1869 (S. 70. 2. 33). — Boistel, p. 291. — Contre : Civ. Seine, 5 févr. 1859 (S. 59. 2. 56) et 13 avr. 1882.

(2) Bordeaux, 27 août 1883 (S. 84. 2. 96). — Trib. comm. Montpellier, 15 déc. 1896 (*Gaz. Pal.*, 97. 1. 473).

tir. Déjà après une enquête faite auprès des chambres de commerce sur l'initiative de la chambre de Dijon un projet de loi a été déposé au Sénat, le 18 juillet 1885, tendant à transformer l'usage en loi et à décréter la nécessité de publier les ventes de fonds de commerce. Malheureusement ce projet n'a pas encore été adopté par le Parlement ⁽¹⁾.

87. En ce qui concerne les oppositions il est intéressant de rechercher d'abord qui a le droit de les former. En matière de vente de fonds de commerce le mot opposition est pris dans le sens de saisie-arrêt et si, comme nous le dirons plus bas, il existe certaines différences entre cette opposition et la saisie-arrêt proprement dite, ces différences tiennent plus à la forme qu'au fond et surtout aux effets produits. Il faudra donc appliquer ici le principe qui domine la matière en droit commun, à savoir que pour qu'une créance puisse motiver une saisie-arrêt elle doit être certaine et exigible. Quant à l'exigibilité de la créance des difficultés se sont élevées au sujet des ventes de fonds de commerce. On s'est demandé si la vente du fonds ne constituait pas une diminution du gage de la part du débiteur qui entraînait la déchéance du terme et rendait immédiatement exigibles les dettes de ce dernier d'après l'article 1188, C. civ. Nous avons vu (p. 45), qu'en ce qui concerne le vendeur impayé du fonds de commerce on trouve des décisions de jurisprudence qui prononcent la déchéance du terme en cas de revente du fonds par l'acquéreur, et d'autres, au contraire, qui n'admettent pas que ce soit là

(1) V. Lèbre, p. 170-191. — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 253 *bis*.

une cause de déchéance. Mais l'acquéreur peut avoir des créanciers autres que son vendeur et dont les créances ne sont pas encore exigibles lors de la revente du fonds. Que faut-il décider à l'égard de ces créanciers? par la vente du fonds leur débiteur est-il déchu du bénéfice du terme et peuvent-ils former opposition sur le prix pour une créance qui n'était pas exigible? La solution de cette question discutée à été donnée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1870, cassant un jugement du tribunal civil de la Seine du 29 octobre 1868 (S. 70. 1. 103), qui décide que dans ce cas la saisie-arrêt ou opposition est nulle, par ce motif qu'aucune sûreté spéciale n'avait été stipulée et qu'aucune convention ne justifiait le droit du créancier ⁽¹⁾. Par conséquent, il faut décider qu'ont seuls le droit de former opposition sur le prix de vente d'un fonds de commerce les créanciers du vendeur dont les créances étaient ou sont devenues par des conventions spéciales exigibles lors de la vente du fonds ⁽²⁾.

88. L'usage des oppositions en matière de ventes de fonds de commerce est tout aussi original que celui de la publication de ces mêmes ventes. Quand l'annonce parue dans un des journaux spéciaux a prévenu les créanciers du vendeur que la vente du fonds a eu lieu, ceux d'entre ces créanciers qui en ont le droit, jouissent d'un délai, qui à Paris est de dix jours, pour former opposition sur le prix

(1) V. Lèbre, n° 135.

(2) Dans la pratique cependant, à Paris surtout, les tribunaux valident souvent des oppositions formées en vertu de créances dont l'exigibilité était rien moins que certaine lors de la vente du fonds de commerce.

de la vente. Et ici nul besoin, comme en matière de saisie-arrêt, de titre authentique ou de permission du juge, la seule qualité de créancier du vendeur, qu'il faudra justifier dans la suite, permet de former opposition. La coutume a beaucoup simplifié la forme de ces oppositions. Tandis en effet que le Code de procédure civile au titre VII du livre V (art. 557 et suiv.) a organisé des règles précises et compliquées en ce qui touche la forme et la procédure de la saisie-arrêt, il est d'usage, au contraire, que les oppositions sur le prix de vente d'un fonds de commerce ne sont assujetties à aucune forme spéciale et peuvent être faites par simple lettre. C'est ainsi, d'ailleurs, que cela se pratique couramment à Paris, où le créancier opposant se contente d'écrire au domicile indiqué pour la réception des oppositions. Toutefois, pour qu'il reste trace de ces oppositions, il est d'un usage à peu près constant que l'acquéreur ou son mandataire chargé de les recevoir en accuse réception également par lettre à chaque créancier opposant (1).

89. Que penser de cette forme si rudimentaire de l'opposition qui, non seulement fait échec aux règles si rigoureuses de l'exploit en matière de saisie-arrêt, mais qui, en-

(1) Nous ne saurions trop recommander aux acquéreurs, aux intermédiaires et aux créanciers du vendeur de se conformer à cet usage qui permet de faire, dans la suite, la preuve que l'opposition a été formée et reçue dans le délai voulu. Nous nous sommes assuré du reste qu'à Paris, tout au moins, cela se fait dans la très grande majorité des cas; nous avons même vu des oppositions formées par des contentieux bien organisés, comme ceux des compagnies d'assurances par exemple, auxquelles on joignait une carte postale pour la réponse, et où le créancier opposant offrait, en outre, de régulariser cette opposition officieuse si besoin était.

core dispense le saisissant de la dénonciation de cet exploit au saisi, et de la demande en validité et le dispense aussi de la contre-dénonciation de cette demande et de l'assignation en déclaration affirmative ? Pour nous, raisonnant ici comme nous l'avons fait au sujet de la publication des ventes de fonds de commerce, nous nous rangeons pleinement du côté de l'usage et soutenons que puisque celui-ci existe il doit être observé et qu'on ne saurait critiquer cette forme antijuridique, de l'opposition, puisque l'usage l'a consacrée en une matière toute de coutume (1). Et comme conséquence de la théorie que nous émettons il appartiendra aux tribunaux de commerce, et non aux tribunaux civils seuls compétents en matière de saisie-arrêt, de connaître des difficultés relatives à ces oppositions (2). Mais il ne faut pas oublier que les oppositions ne sont reçues en cette forme, et ne sauraient par conséquent produire un effet, qu'autant qu'elles apparaissent dans le délai d'usage. Passé ce délai, les oppositions ainsi formées ne seraient plus valables. En revanche, il faut admettre

(1) Voir en ce sens : Trib. comm. Marseille, 11 févr. 1896 (*Monit. Midi*, du 23 août 1896). — Un arrêt de la Cour de Paris, en date du 29 avr. 1897 semble confirmer cette théorie en décidant que l'application des règles de la saisie-arrêt proprement dite, ne saurait être exigée de l'acquéreur ou de son mandataire par le créancier opposant si lui-même ne s'est conformé à ses règles dès le début de l'opposition (*Gaz. Pal.*, 97. 1. 62).

(2) V. la décision du trib. comm. de Marseille, 11 févr. 1896, déjà citée. Toutefois, si le créancier opposant même dans les délais a employé la forme de la saisie-arrêt nous sommes d'avis que s'il survient quelque difficulté au sujet de cette saisie-arrêt ce sont les tribunaux civils qui sont compétents en vertu des principes généraux (Trib. comm. Seine, 27 nov. 1896).

que puisque une saisie régulière est possible jusqu'au moment où le tiers-saisi paie le saisi, les créanciers du vendeur d'un fonds de commerce pourraient efficacement se servir de la forme ordinaire de la saisie-arrêt tant que l'acquéreur ou son mandataire serait détenteur du prix de vente ; peu importe alors que le délai d'usage fût expiré depuis longtemps. C'est à cet ordre d'idées qu'il faut rattacher une décision du tribunal civil de la Seine, en date du 23 janvier 1897, qui dispose que la vente d'un fonds de commerce ayant eu lieu par devant notaire aux enchères publiques, l'acquéreur a pu valablement se dessaisir du prix entre les mains du notaire le jour même de l'adjudication, car, ajoute le jugement, dans une circonstance semblable il appartient à celui qui forme opposition de faire les diligences nécessaires pour arriver à la saisie-arrêt entre les mains du notaire détenteur (1).

90. Malgré les différences de forme que nous venons de signaler, l'opposition sur le prix de vente d'un fonds de commerce et la saisie-arrêt proprement dite se ressemblent par bien des côtés, à tel point que, selon nous, toutes les questions relatives à la première qui n'ont pas été prévues par l'usage, doivent être résolues d'après les principes généraux de la seconde. C'est ainsi que les effets produits par une opposition régulièrement formée sur le prix de vente d'un fonds de commerce, sont à peu près les mêmes que ceux d'une saisie-arrêt.

En conséquence, l'acquéreur ou son mandataire qui,

(1) V. la Loi du 15 févr. 1897.

d'ailleurs, ne saurait sans danger se rendre juge de la validité de l'opposition, ne peut plus, dès celle-ci formée, payer son vendeur dont la créance devient indisponible, jusqu'à concurrence des causes de l'opposition (1). Après qu'il a reçu l'opposition, l'acquéreur ou son mandataire ne peut être contraint à se dessaisir du prix de vente (sauf ce que nous dirons plus bas au sujet de la consignation de ce prix), par le vendeur qu'autant que celui-ci rapporte la mainlevée de l'opposition. Au reste, cette mainlevée n'est assujettie par l'usage à aucune forme particulière et dans la pratique un simple bon pour mainlevée signé par le créancier opposant est tenu pour suffisant. Que si l'acquéreur ne tenant aucun compte de l'opposition qu'il a reçue, paie son vendeur, il le fait à ses risques et périls et il pourra être obligé à payer une seconde fois entre les mains du créancier opposant, sauf son recours contre le vendeur qui se trouve ainsi payé deux fois, puisque, ayant touché ce qui lui est dû, il est libéré par surcroît envers le créancier opposant (art. 1242, C. civ.) (2).

(1) Dès que le prix de vente a été frappé d'opposition entre les mains d'un acquéreur ou de son mandataire, il est très imprudent de se dessaisir de ce prix ou même d'une partie seulement de ce prix, sans avoir obtenu mainlevée des oppositions. Si l'acquéreur ou son mandataire paie sans avoir obtenu ces mainlevées, il s'expose à causer un préjudice aux créanciers opposants dont il leur devra réparation. — V. à ce sujet un arrêt intéressant de la Cour de Paris du 29 avr. 1897, rapporté dans *Sirey*, 98. 2. 29. — Cet arrêt a provoqué un jugement de la 7^e chambre du tribunal civil de la Seine, en date du 9 février 1898 (voir *La Loi* du 6 mai 1898).

(2) Paris, 27 déc. 1893 (*Gaz. Pal.*, 94. 1. 172). — Trib. comm. de Marseille, 11 févr. 1896 (déjà cité).

Toutefois, d'après les principes mêmes de la saisie-arrêt, il faut admettre que l'acquéreur d'un fonds de commerce fait valablement les paiements qui ne nuisent pas au créancier opposant, par exemple, ceux qui éteignent une créance privilégiée à la sienne ⁽¹⁾.

91. Il existe entre l'opposition que nous étudions et la saisie-arrêt proprement dite une différence qu'il convient de signaler ici. Sans doute, comme le tiers-saisi ordinaire, l'acquéreur d'un fonds de commerce entre les mains de qui on a formé une opposition a la faculté de consigner son prix d'achat à la Caisse des dépôts et consignations. Mais à l'encontre de ce qui est généralement admis à l'égard du créancier saisissant ordinaire, le créancier qui forme opposition sur le prix de vente d'un fonds de commerce n'a pas le droit d'exiger comme conséquence de son opposition que le prix soit déposé à la Caisse ⁽²⁾. Il n'en va pas de même du vendeur d'un fonds de commerce. Celui-ci, en effet, peut obliger son acquéreur, qui refuse de le payer au motif qu'il a reçu des oppositions sur le prix, à consigner ce prix à la Caisse des dépôts et consignations ; et, dans ce cas, il a été jugé que faute de ce faire, l'acquéreur encourt la résolution de la vente avec dommages-intérêts et que les offres

(1) Il ne faut pas perdre de vue que si le créancier opposant ne peut parvenir à se faire payer à l'amiable au moyen de son opposition, il devra recourir à la procédure de la saisie-arrêt proprement dite pour se faire payer judiciairement.

(2) Trib. comm. Marseille, 24 nov. 1896 (*Rec. Marseille*, 97. 1. 65).— V. Garsonnet : *Traité élémentaire des voies d'exécution*, n° 101.

réelles avec consignation par lui faites après la mise en demeure ne sont pas valables ⁽¹⁾.

92. Le plus souvent il arrive que plusieurs créanciers forment opposition sur le même prix de vente d'un fonds de commerce. Dans la pratique, à Paris tout au moins, l'acquéreur ou son mandataire collectionne les oppositions qu'il reçoit pendant le délai d'usage. Après l'expiration des dix jours, les créanciers opposants sont convoqués, et quand ils ont justifié réciproquement de leurs créances une distribution amiable du prix a lieu qui aboutit presque toujours à un marc le franc. Dans ce cas, l'acquéreur ou son mandataire prend la précaution avant de se dessaisir des fonds de se faire signer par chaque créancier opposant une mainlevée d'opposition qui n'est assujettie à aucune règle de forme, comme cela a été déjà dit ⁽²⁾.

93. Si des contestations s'élèvent entre les divers créanciers opposants, soit sur l'existence même des créances produites, soit sur l'opportunité ou la validité en la forme des oppositions dénoncées, ces contestations, selon nous, doi-

(1) Paris, 24 juin 1840 (*J. C.*, t. XX, p. 129).

(2) Quelques intermédiaires, à Paris, acceptent comme valables, après le délai de dix jours, des oppositions faites par simples lettres. D'après la théorie que nous avons admise ces oppositions ne devraient pas être acceptées et pourraient être critiquées par les autres créanciers comme nulles en la forme. Nous devons reconnaître toutefois que cette critique dans la plupart des cas n'aboutirait à rien, car le créancier à qui elle s'adresserait s'empresserait de procéder par voie de saisie-arrêt, ce qui est son droit tant que le prix de vente n'a pas été payé (V. page 68) ou que l'acte d'arrangement entre les créanciers n'a pas été notifié au tiers-détenteur des fonds, ou accepté par lui dans un acte authentique (art. 1690, C. civ.).

vent être portées devant la juridiction consulaire, à moins que, parmi les opposants, certain ait employé la forme de la saisie-arrêt, car celle-ci ressort de la compétence de la juridiction civile ⁽¹⁾. Si une entente définitive est impossible entre les divers créanciers et que quelqu'un d'entre eux veuille faire procéder à une distribution judiciaire, il ne lui reste qu'à user de la voie de la saisie-arrêt, conformément aux articles 557 et suiv., C. proc. civ. A la suite de cette saisie-arrêt il provoquera une distribution par contribution dont les règles sont contenues au titre XI du livre V du Code de procédure civile. Il va de soi que, dans cette hypothèse, c'est devant la juridiction civile et non plus devant la juridiction consulaire qu'il faut procéder.

94. On applique en matière d'opposition sur le prix de vente d'un fonds de commerce le principe général de la saisie-arrêt d'après lequel le premier créancier opposant n'a aucun privilège à l'encontre de ceux qui, sur les mêmes fonds, ont plus tard soit formé opposition dans le délai d'usage, soit procédé par voie de saisie-arrêt régulière. Les deniers sont distribués au marc le franc entre les opposants ou saisissants, quelles que soient les dates de leurs oppositions et même celles de leurs créances. Il n'y a de privilégiés que les créanciers qui le sont d'après une disposition légale ⁽²⁾.

(1) V. *suprà*, p. 68 et la note.

(2) Le principal créancier privilégié en l'occurrence est le propriétaire créancier de loyers. Mais comme le dit fort bien M. Garsonnet : « Il faut « entendre ici par propriétaire tout créancier de loyers ou de fermages, « non seulement le propriétaire même des lieux loués ou affermés, mais « encore l'usufruitier ou le principal locataire et appliquer *à fortiori* les

95. Lorsqu'un créancier régulièrement opposant ou saisissant a été omis de la distribution amiable, qu'a-t-il le droit de réclamer à l'acquéreur ou à son mandataire qui a payé le prix de vente d'un fonds de commerce? Peut-il lui réclamer le montant total de sa créance ou seulement le dividende qui lui fût échu s'il eût été compris dans la distribution amiable? Si on résolvait cette question d'après les principes de la saisie-arrêt, à laquelle on assimilerait complètement l'opposition en matière de vente de fonds de commerce, et si on admettait avec la majorité des auteurs que la saisie-arrêt frappe la créance saisie-arrêtée d'une indisponibilité totale, on devrait se prononcer pour le remboursement total de sa créance au créancier omis. Mais il nous semble qu'il vaut mieux s'en tenir à une solution plus généralement adoptée en jurisprudence et plus rationnelle à la fois. En somme, s'il avait été tenu compte de son opposition le créancier qui se plaint n'aurait reçu qu'un dividende comme les autres. Le préjudice qu'il a subi du fait de l'acquéreur ou de son mandataire qui a négligé son opposition n'équivaut qu'au montant de ce dividende dont il a été privé. C'est donc seulement au paiement de ce dividende que doit être condamné l'acquéreur ou son mandataire (1). Si toutefois, le créancier omis

« mêmes dispositions à tous les créanciers préférables au propriétaire lui-même, à savoir la régie des contributions directes pour les impôts qui lui sont dus, les fournisseurs de semences et d'ustensiles, et les ouvriers qui ont fait la récolte » : — V. Garsonnet : *Traité élémentaire des voies d'exécution*, n° 457. — V. aussi les articles 2093 et 2094, C. civ. Les autres créances privilégiées sont celles du Trésor pour les impôts.

(1) V. en ce sens : Trib. comm. Marseille, 24 nov. 1896 (*Rec. Marseille*, 97. 1. 65). — Le principe qui engage la responsabilité de l'acqué-

prouvait que son omission n'a eu pour but que de favoriser d'autres créanciers opposants qu'il eût pu critiquer avec raison, et s'il établissait la mauvaise foi de l'acquéreur ou de son mandataire, celui-ci devrait alors être condamné à indemniser le créancier omis de tout le préjudice qu'il lui aurait causé et à lui payer une somme même plus élevée que le dividende distribué aux autres créanciers.

SECTION II

VENTE PUBLIQUE DES FONDS DE COMMERCE.

96. Encore que les ventes de fonds de commerce soient le plus souvent volontaires et privées, il arrive parfois cependant qu'on est obligé de recourir à la forme de la vente publique de meubles. Cela a lieu quand il s'agit de procéder à la vente de biens provenant d'une saisie-exécution (art. 617 et s., C. proc. civ.), ou de biens de mineurs ou d'interdits (art. 452 et 509, C. civ.), ou de biens dépendant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou d'une succession vacante (art. 796 et 843, C. civ.), ou

reur qui a payé malgré les oppositions est consacré dans deux arrêts de la Cour de Paris du 27 déc. 1893 et du 28 avr. 1897 déjà cités. — Toutefois dans le jugement du tribunal civil de la Seine rapporté à la note 1 de la page 70 le tribunal a accordé le montant intégral de sa créance au créancier opposant omis au prétexte que ce créancier étant le vendeur du fonds avait un privilège. Or, à notre sens le tribunal a eu tort de tenir compte de ce privilège qui, nous le savons, n'a rien d'effectif, il ne devait selon nous n'accorder au demandeur que le dividende touché par les autres créanciers, dividende diminué encore en raison de la nouvelle créance.

de biens appartenant à un débiteur qui a fait cession de biens (art. 1269, C. civ., et 904, C. proc. civ.), ou enfin, de biens faisant l'objet d'une licitation (art. 1686, C. civ.), sauf le cas où tous les intéressés majeurs et maîtres de leurs droits consentent à ne pas vendre aux enchères.

97. Il n'entre pas dans le plan de ce livre d'étudier en particulier chacun de ces différents cas de vente publique de meubles qui peuvent avoir tous pour objet un fonds de commerce ⁽¹⁾. Au sujet de la vente de biens de mineurs qui est de beaucoup la plus fréquente nous remarquerons seulement ceci. D'abord, il n'y a plus lieu de suivre une jurisprudence qui décidait que le tuteur peut procéder à la vente des créances et marchandises faisant partie d'un fonds de commerce et liquider ainsi ledit fonds, sans remplir les formalités prescrites par l'article 452, C. civ. ⁽²⁾. De plus, lorsqu'il s'agit de la vente d'un fonds de commerce appartenant à un mineur, cette vente doit être conforme aux règles de la loi du 27 février 1880 (art. 1 et 2). Cette loi en effet, bien qu'elle ne parle dans son titre que des valeurs mobilières, doit s'appliquer aux meubles incorporels quelconques du mineur. C'est ce qu'a décidé tout récemment la Cour de Paris par un arrêt de sa 2^e chambre, en date du 3 mars 1897 ⁽³⁾.

98. Nous n'avons pas davantage l'intention d'énumérer ici les formalités exigées pour la vente publique des meu-

(1) Voir en particulier pour tout ce qui concerne la licitation d'un fonds de commerce, G. Lèbre, n^{os} 155 et suiv.

(2) Req., 21 juill. 1873 (D. 74. 1. 264).

(3) *Gaz. Pal.*, 18 mars 1897. — V. Thaller : *Annales de droit commercial*, année 1897, p. 102. — Compar. ce que nous avons dit au n^o 42.

bles. Ces formalités sont organisées tout au long au Code de procédure civile (V. entre autres les art. 617 et s. de ce code).

99. Nous nous contenterons d'étudier une question spéciale aux fonds de commerce, à savoir quel est l'officier ministériel compétent pour procéder à la vente publique de ces fonds.

Et d'abord, disons que la vente publique d'un fonds de commerce ne saurait avoir lieu à l'audience des criées du tribunal, ce qui serait contraire aux principes qui régissent les ventes mobilières ⁽¹⁾.

Quant à savoir quel est l'officier ministériel qui doit être chargé de ces sortes de ventes, la question a été discutée. Le principe qui régit la matière est que, lorsqu'une vente comprend à la fois des meubles corporels et des meubles incorporels, il faut pour déterminer quels sont les officiers publics compétents pour procéder à la vente faire application de la règle que l'accessoire suit le principal. Et si ce sont les meubles corporels auxquels on reconnaît le caractère de principal, les commissaires-priseurs seuls ou en concurrence avec les notaires, greffiers et huissiers, sont compétents pour procéder aux ventes; si, au contraire, les meubles corporels ne sont que l'accessoire des meubles incorporels c'est au ministère des notaires qu'il faut recourir ⁽²⁾.

(1) V. en ce sens : G. Lèbre, p. 194. — V. en sens contraire : Paris, 28 juin 1860 (S. 60. 2. 420).

(2) Besançon, 28 juill. 1877 (D. 78. 2. 50) et Cass., 27 mai 1878 (S. 78. 1. 398).

100. Si donc faisant l'application de ce principe aux ventes publiques de fonds de commerce nous nous rappelons qu'il a été admis par nous que l'élément incorporel du fonds, c'est-à-dire l'achalandage, est l'élément principal, l'outillage, les meubles et les marchandises n'en étant que l'accessoire nous devrions admettre sans restrictions que cette vente rentre dans les attributions des notaires et non point dans celles des commissaires-priseurs. C'est là en effet, la théorie qui avait d'abord été admise par la jurisprudence et pour laquelle nous ne cachons pas nos préférences (1).

101. Mais, depuis lors, la jurisprudence a complètement changé d'avis, et aujourd'hui les décisions les plus récentes paraissent adopter si unanimement la même théorie qu'il y aurait mauvaise grâce ou tout au moins danger à la combattre et à ne pas l'admettre comme établie. Les cours et les tribunaux faisant des applications particulières du principe que nous voudrions voir appliquer de façon générale s'en rapportent, comme nous, pour déterminer la compétence de l'officier public à la théorie de l'accessoire, mais avec cette différence qu'ils considèrent l'espèce spéciale qui leur est soumise pour décider quel est l'accessoire et quel est le principal. Si en fait, les meubles corporels constituent l'élément principal du fonds de commerce la vente publique de celui-ci est du ressort des commissaires-priseurs; si c'est au contraire, l'élément incorporel qui do-

(1) V. Paris, 4 déc. 1823. — Cass., 15 févr. 1826. — Colmar, 30 janv. 1827. — Paris, 26 mai 1832 et 15 juin 1833. — Enfin, Cass., 23 mars 1836 (S. 36. 1. 161).

mine dans le fonds il faut alors recourir au ministère des notaires. Dans tous les cas, on ne saurait avoir recours à la fois à deux officiers publics, l'un pour le fonds de commerce, l'autre pour le mobilier et les marchandises. Et il appartient au juge du fait de décider souverainement quel est le principal et quel est l'accessoire ⁽¹⁾. Aussi, trouve-t-on des décisions de jurisprudence se prononçant pour la compétence des commissaires-priseurs et d'autres pour celle des notaires selon que l'élément corporel ou incorporel a paru aux juges du fait être l'élément principal. Toutefois, le plus souvent les tribunaux reconnaissent que le principal consiste dans les éléments incorporels d'un fonds de commerce et par suite consacrent la compétence exclusive des notaires ⁽²⁾.

SECTION III

ENREGISTREMENT DES VENTES DE FONDS DE COMMERCE.

102. L'étude de l'enregistrement des ventes de fonds de commerce, à part ce que nous en avons déjà dit au sujet de la transmission de la propriété du fonds à l'égard

(1) Lyon, 23 mars 1893 (S. 94. 2. 237). — Cass., 25 juin 1895 (S. 95. 1. 409). — Lyon, 10 nov. 1896 (*La Loi*, du 16 janv. 1897).

(2) V. Paris, 15 juin 1833 (S. 33. 2. 239). — Riom, 30 mars 1892 (S. 94. 2. 237). — Trib. civ. Lyon, 6 févr. 1895 (*Gaz. Pal.*, 95. 2. 359). — Limoges, 17 févr. 1897 (*Monit. Lyon*, 8 mai 1897). — V. pour la compétence des commissaires-priseurs : Lyon 23 mars 1893 et Cass., 25 juin 1895, déjà cités. — Lyon, 31 juill. 1895 (*Monit. Lyon*, 17 déc. 1895).

des tiers ⁽¹⁾, n'offre de l'intérêt qu'au point de vue fiscal. Mais, comme dans la pratique, cet intérêt est souvent considérable, nous avons cru devoir terminer par cette section la première partie de notre livre. Toutefois, nous n'avons pour but ici que de résumer les principes de la matière en les accompagnant de quelques décisions de jurisprudence ⁽²⁾.

103. Aux termes de la loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 5, n° 1), la vente des fonds de commerce était passible du droit de 2 p. 0/0 comme toutes les ventes d'objets mobiliers. Aujourd'hui, les ventes des fonds de commerce sont soumises au point de vue fiscal, à la loi du 28 février 1872 qui, dans une certaine mesure les a assimilées aux ventes d'immeubles, notamment en ce qui concerne les sanctions et pénalités au cas de contraventions, les délais d'enregistrement et les moyens de preuve admis.

Sur les onze articles de cette loi, trois se rapportent plus spécialement à l'enregistrement des ventes de fonds de commerce, ce sont les articles 7, 8 et 9.

104. L'article 7 de la loi du 28 février 1872 établit la quotité du droit d'enregistrement et détermine la base sur

(1) V. la note de la page 36.

(2) Pour la solution des nombreuses difficultés auxquelles peut donner lieu l'enregistrement des ventes de fonds de commerce nous engageons nos lecteurs à consulter les ouvrages suivants : *Dictionnaire d'enregistrement*, v° *Fonds de commerce*. — L'Appendice au livre de G. Lèbre « *De l'enregistrement des ventes de fonds* », par Albert Lèbre. — Le *Commentaire pratique de la loi du 28 févr. 1872*, par A. J. Mérot. — Enfin le très savant et très complet article au mot « Enregistrement » du *Répertoire Labori* (spécialement les numéros 1744 et suiv., 3498 et suiv., 3601 et suiv.) de M. Wahl, professeur à la Faculté de Grenoble.

laquelle ce droit doit être perçu. Sans doute, la loi de 1872 a maintenu le tarif de 2 p. 0/0 établi par la loi de frimaire an VII pour les ventes mobilières, mais à la différence de ce qui avait été admis depuis celle-ci, elle a décidé que ce droit serait seulement perçu sur le prix de la vente de l'achalandage, de la cession du droit au bail et des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds de commerce, à la seule exception des marchandises neuves garnissant le fonds. Et pour ces dernières, l'article 7 ajoute : « Ces marchandises ne seront assujetties qu'à un droit de 0 fr. 50 p. 0/0, à condition qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles seront désignées et estimées article par article dans le contrat ou dans la déclaration ». Ainsi donc, deux tarifs distincts s'appliquant d'après deux bases différentes.

105. Au sujet du droit de 2 p. 0/0 perçu sur le prix de vente de tous les éléments du fonds de commerce à l'exception des marchandises neuves, quelques explications sont nécessaires sur ces mots « cession du droit au bail » contenues dans l'article 7. Trois hypothèses peuvent être envisagées quant au bail dans la vente d'un fonds. Ou bien le droit au bail est cédé par le vendeur du fonds en même temps que celui-ci et pour un prix unique sur le total duquel sera perçu le droit de 2 p. 0/0. Ou bien la vente du fonds ne fait nullement mention de la cession du droit au bail, et celle-ci est opérée par acte séparé et à titre gratuit comme conséquence de la vente; dans ce cas, outre le droit de 2 p. 0/0 perçu sur le prix de la vente du fonds, il est perçu un second droit de 0 fr. 20 p. 0/0 sur la

cession du bail. Ou bien, enfin, soit dans l'acte de vente même du fonds, soit par acte séparé le droit au bail est cédé à l'acquéreur pour un loyer annuel supérieur au loyer primitif. Dans cette dernière hypothèse, le droit de 2 p. 0/0 est dû non seulement sur le prix de vente du fonds de commerce, mais encore sur la somme des différences annuelles entre le loyer dû au propriétaire pour la location des locaux où s'exploite le fonds et le loyer promis pour le même motif par le cessionnaire au cédant; par exemple, si le bail d'un local loué pour 6.000 francs par an est cédé moyennant 9.000 francs et qu'il reste dix ans à courir, le droit de 2 p. 0/0 sera perçu sur 3.000×10 (1). On a craint qu'en assujettissant cette cession au tarif ordinaire de la cession de bail (0,20 p. 0/0) pour le tout, on ne favorise la fraude qui aurait consisté à reporter sur la cession de bail une partie du prix de la cession du fonds. Il n'est donc pas nécessaire pour que le droit de 2 p. 0/0 soit dû que l'augmentation du loyer consiste dans une somme unique payée au cédant (2). En tout cas l'augmentation de loyer, lorsqu'elle subit le droit de 2 p. 0/0 ne subit pas en même temps le droit de 0 fr. 20, car on ne peut pour le même objet percevoir deux droits différents (3). De plus, on ne comprend pas dans la cession du

(1) Sol. Régie, 10 mars 1872 (D. 73. 5. 232) — Trib. civ. Seine, 22 févr. 1884 (D. 84. 3. 103); 13 avr. 1888 (*Journ. Enregist.*, art. 23093).

(2) Trib. civ. Seine, 26 déc. 1873 (*Dict. Enreg.*, v^o *Fonds de commerce*, n^o 35).

(3) *Dict. Enreg.*, (*verb. cit.*, n^o 30). — Demante, t. II, n^o 769, § 20. — *Contrà*, Garnier, v^o *Mutation*, n^o 712. — Naquet, t. I, n^o 256; Instr. Rég., n^o 233.

droit au bail le remboursement fait au cédant par le cessionnaire des loyers payés d'avance par le cédant au bailleur, car ce remboursement n'a pas pour effet de procurer un bénéfice au cédant et de s'ajouter au prix de la cession (1).

106. En abaissant à 0 fr. 50 p. 0/0 le tarif applicable aux marchandises neuves comprises dans la vente d'un fonds de commerce, la loi du 28 février 1872 n'a fait qu'étendre la disposition de l'article 74 de la loi du 15 mai 1818. Par marchandises neuves, il faut entendre ici tout ce qui fait l'objet du commerce et par conséquent, même les marchandises vieilles, si le commerce s'exerce sur de telles marchandises. Quant à savoir si les matières premières peuvent être considérées comme des marchandises neuves, la question est controversée. Pour nous, nous pensons qu'on doit les assimiler aux marchandises neuves et ne les grever que d'un droit de 0 fr. 50 p. 0/0 (2).

107. Mais pour que les parties profitent de cet abaissement du droit à 0 fr. 50 p. 0/0, la loi y a mis deux conditions : la première, qu'il soit stipulé dans l'acte un prix particulier pour les marchandises neuves, et la seconde qu'elles soient désignées article par article dans le contrat ou dans la déclaration. Faute de quoi, le droit d'enregistrement de 2 p. 0/0 est perçu sur la totalité du prix de

(1) V. Naquet et Garnier, *op. cit.*

(2) V. dans ce sens : Evreux, 26 juill. 1873. — *Dict. Enreg.*, v^o *Fonds de commerce*, n^o 39. — *Journ. Not.*, 1872, art. 20707; 1878, art. 21863. — Lèbre, p. 302. — *Contrà*, Trib. civ. de Compiègne, 30 janv. 1878 (*Journ. Not.*, 1878, art. 21863).

vente. Il ne faudrait pas, toutefois, prendre à la lettre les termes de l'article 7 de la loi de 1872.

C'est ainsi qu'il est admis que la désignation et l'estimation des marchandises neuves peuvent être faites par un acte distinct de celui de la vente et qu'elles n'ont pas besoin d'indiquer chaque objet particulier à part ⁽¹⁾. Pour ce qui est de la détermination d'un prix distinct, elle peut être suppléée par l'évaluation distincte donnée aux marchandises si le total de cette évaluation est fait de manière à empêcher toute confusion ⁽²⁾. Enfin, il peut arriver que lors de l'entrée en possession de l'acquéreur d'un fonds de commerce, l'état estimatif des marchandises neuves n'ayant pas été fait, le droit de 2 p. 0/0 ait été perçu sur la totalité du prix. Dans ce cas, si les parties font dans les deux ans l'état estimatif qui, dans l'acte de vente, a été stipulé devoir être fait lors de l'entrée en jouissance, il y a lieu en prenant pour base le droit de 0 fr. 50 p. 0/0, dû sur la vente des marchandises évaluées, de rendre l'excédent du droit de 2 p. 0/0, perçu sur ces mêmes marchandises ⁽³⁾.

108. Aux termes mêmes de la loi de 1872, tout ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux mutations à titre onéreux de fonds de commerce. Toutefois, la question est

(1) Quant à savoir si la désignation est suffisante, c'est là surtout une question de fait pour la solution de laquelle on trouve des décisions de jurisprudence très rigoureuses et d'autres très larges (V. au *Répertoire Labori, verb. citat.*, n° 1745 et suiv.).

(2) Trib. civ. Mayenne, 13 nov. 1889 (*Répert. périod.*, art. 7377).

(3) Sol. Rég., 5 juin 1873 (D. 74. 5. 225). — Sol. Rég., 18 août 1874 (*Journ. Enreg.*, art. 19705).

discutée de savoir si la loi a voulu exempter les cessions à titre gratuit des droits et des formalités imposées aux premières. A ce sujet, la jurisprudence est partagée. Certaines décisions conformes aux prétentions de la Régie assimilent les mutations à titre gratuit, aux mutations à titre onéreux ⁽¹⁾. D'autres, au contraire, prétendent que la loi de 1872 ne s'applique qu'à ces dernières ⁽²⁾. Pour nous, nous sommes de ce dernier avis, car comme le dit fort bien M. Mérot (*op. cit.*) : « C'est, qu'en effet, le tarif du « droit à percevoir sur les mutations à titre gratuit, c'est-
« à-dire par donations entre-vifs et pour celles qui s'effec-
« tuent par décès, est basé en raison du degré de parenté
« entre les donateurs et les donataires ou entre le défunt et
« les héritiers et légataires ». En conséquence, c'est à la Régie à démontrer que la mutation d'un fonds de commerce a eu lieu à titre onéreux si les parties déclarent qu'elle a eu lieu à titre gratuit, et les présomptions autorisées par la loi de 1872 sont donc inefficaces si les parties prétendent que la mutation a eu lieu à titre gratuit ⁽³⁾.

109. Nous l'avons déjà dit, la loi du 28 février 1872 a assimilé les ventes de fonds de commerce aux ventes immobilières en ce qui concerne les délais dans lesquels ces ventes doivent être enregistrées et les pénalités au cas de contraventions. Aussi l'article 8 de cette loi déclare-t-il

(1) Sol. Rég., 17 août 1873. — Troyes, 26 juill. 1876 (*Journ. Not.*, 77. 21. 754). — Seine, 21 janv. 1881 (*Journ. Not.*, 81. 22. 584). — Comp. : Cass., 10 mars 1879 (*Journ. Not.*, 79. 22. 072).

(2) Vannes, 30 nov. 1883 (S. 83. 2. 143).

(3) Trib. civ. Dieppe, 19 déc. 1890 (*Répert. périod.*, art. 7615).

applicables aux ventes de fonds les §§ 1, 2 et 3 de l'article 14 et les articles 12 et 13 de la loi du 23 août 1871, édictés en vue de réprimer la fraude dans les ventes d'immeubles. En conséquence et aux termes mêmes de l'article 8 de la loi de 1872 les ventes de fonds de commerce doivent être soit enregistrées dans les trois mois de la rédaction de l'acte, soit déclarées dans le même délai au bureau de l'enregistrement en cas de vente verbale. L'acte doit être enregistré ou la déclaration doit être faite au bureau de l'enregistrement de la situation du fonds ou de la clientèle. Que si l'entrée en possession est antérieure à l'acte qui réalise une cession de fonds de commerce le délai d'enregistrement court de la première date ⁽¹⁾.

110. Quant aux pénalités applicables pour défaut d'enregistrement ou de déclaration dans le délai de trois mois, il faut appliquer les dispositions de la loi du 23 août 1871 auxquelles renvoie d'ailleurs la loi de 1872. D'où il suit que l'ancien et le nouveau possesseur du fonds de commerce sont tenus chacun personnellement d'un droit en sus qui ne pourra être inférieur à 50 francs; mais la solidarité n'existe entre eux que pour le paiement du droit simple. Toutefois le vendeur, et cela en vertu de l'article 14 de la loi de 1871 peut s'affranchir du droit en sus qui lui est personnellement imposé ainsi que du versement immédiat du droit simple, en déposant l'acte de vente ou en faisant la déclaration de mutation dans le mois à partir de l'expiration du délai accordé à l'acquéreur.

(1) Sol. Rég., 21 janv. 1874 (*Journ. Enreg.*, 19. 705).

111. Aux termes des articles 12 et 13 de la loi du 23 août 1871, applicables, nous le savons, aux ventes de fonds de commerce, les dissimulations dans ces ventes ou dans les déclarations estimatives faites aux bureaux de l'enregistrement donnent lieu à une amende égale au quart de la somme dissimulée à la charge du vendeur et de l'acquéreur par égale part, mais avec solidarité⁽¹⁾. La dissimulation peut être établie par tous les genres de preuve de droit commun sous la seule exception du serment décisoire et sous la restriction de n'user de la preuve testimoniale que pendant dix ans à partir de l'enregistrement de l'acte. La loi accorde en outre à l'administration de l'enregistrement les droits qu'ont les tiers attaquant les actes faits en fraude de leurs droits, à condition de suivre les formes ordinaires de procéder sans avoir besoin toutefois de constituer avoué.

112. Avec la dissimulation il ne faut pas confondre l'insuffisance pour le cas où le prix de vente aurait été sincèrement exprimé dans l'acte ou dans la déclaration, mais ne représenterait pas la valeur vénale du fonds de commerce. Dans cette dernière hypothèse l'administration doit avoir recours à l'expertise, conformément à l'article 8 de la loi de 1872⁽²⁾; et cela dans les trois mois de l'enregistrement de l'acte ou de la déclaration de la mutation. La loi de 1872, ne déterminant pas les formes de cette expertise, se réfère implicitement à la loi du 22

(1) Cette amende du quart est tout à fait indépendante du droit en sus au cas de non enregistrement dans le délai et peut se cumuler avec lui.

(2) Inst. Reg., 25 août 1871 (*Journ. Not.*, 20. 115).

frimaire an VII et à la loi du 23 août 1871 qui a simplifié ces formes. L'expertise dont il est ici question ne peut porter, à notre avis, que sur le fonds et non sur les marchandises; tout comme lorsqu'une vente comprend des meubles et des immeubles la loi de frimaire n'autorise l'expertise que des immeubles⁽¹⁾. Au cas où les experts constatent l'insuffisance du prix il est perçu un droit simple sur le montant de cette insuffisance, et si celle-ci excède un huitième il est perçu, en outre du droit simple, un droit en sus (art. 8, L. de 1872).

113. Tout comme la loi du 22 frimaire an VII prohibe la mutation secrète des immeubles, la loi du 28 févr. 1872 prohibe la mutation secrète des fonds de commerce. A la différence toutefois de la loi de frimaire qui s'applique aussi à la jouissance et à l'usufruit des immeubles, la loi de 1872 ne s'applique qu'à la propriété des fonds de commerce. D'une façon générale la preuve d'une mutation secrète peut être établie par tout acte de nature à constater la transmission de la propriété ⁽²⁾. Mais l'art. 9 de la loi de 1872 indique plus spécialement deux ordres de preuve qui peuvent servir à l'administration de l'enregistrement à établir la mutation de propriété des fonds. Ce sont d'abord les actes ou écrits qui révèlent la mutation ou sont destinés à la rendre publique comme par exemple, les actes de notaire ou sous seing privé, les jugements, les actes administratifs, les actes extra-judiciaires, les rapports d'expert homologués, les annonces, réclames ou avis dans les jour-

(1) V. dans ce sens : A. J. Mérot, *op. cit.*, p. 34.

(2) Versailles, 13 déc. 1814 (D. 45. 215).

naux, etc. Ce sont ensuite l'inscription au rôle des contributions du nom du nouveau possesseur et des paiements faits en vertu de ce rôle. Il appartient à l'administration de la Régie de faire la preuve de la mutation, ce qu'elle fait au moyen du certificat du maire attestant l'inscription au rôle et d'un certificat du percepteur attestant le paiement de l'impôt. Mais la loi de 1872, contrairement au principe posé par l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an VII réserve la preuve contraire aux parties intéressées. Celles-ci ont donc toujours le droit de prouver que bien que la patente soit portée à leur nom, elles ne sont pas propriétaire du fonds de commerce, et cela par toutes espèces d'actes, sauf d'ailleurs aux tribunaux à en apprécier la valeur et la force probante.



DEUXIÈME PARTIE

DU ROLE DE L'INTERMÉDIAIRE DANS LA VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER

Qualité juridique de l'intermédiaire

SECTION I

L'INTERMÉDIAIRE EN FAIT.

114. Pour les raisons que nous avons données dans notre Introduction, les ventes de fonds de commerce deviennent chaque jour plus nombreuses, et plus nombreuses aussi celles dont la conclusion est due à l'entremise des intermédiaires qu'on appelle couramment dans la pratique « des marchands de fonds ».

Or, il semble, pour quiconque observe superficiellement les faits qu'un commerçant qui veut vendre son fonds ou un non-commerçant qui veut s'établir auraient l'un et

l'autre avantage à chercher et à trouver eux-mêmes leur contre-partie; ils éviteraient ainsi les ennuis et les frais d'un intermédiaire.

Cela était possible et cela se passait effectivement ainsi, nous l'avons déjà dit, quand pour des ventes de fonds de commerce bien moins fréquentes, vendeurs et acheteurs avaient le temps de se chercher et de se trouver, ou bien se rencontraient sans effort parce que parents ou amis ils se connaissaient de longue date. De nos jours pareille chose paraît presque impossible et quand un négociant pour une raison quelconque désire se débarrasser promptement de son fonds il n'hésite pas à charger un intermédiaire de trouver pour lui acquéreur, tout comme celui qui désire acheter à brève échéance un fonds de commerce charge un intermédiaire de l'aider dans les recherches qu'il fait à cette fin. Et cette façon de procéder devient chaque jour plus commune, favorisée par ce phénomène économique curieux à constater qu'on tend chaque jour davantage à assimiler le fonds de commerce à une marchandise ordinaire, à un produit, et qu'on paraît vouloir lui appliquer, bien à tort ce semble, cette grande loi d'économie politique qui veut que la valeur commerciale d'une chose en soit accrue par la circulation ⁽¹⁾. Rien

(1) Il serait trop long d'énumérer ici les multiples raisons pour lesquelles les commerçants de nos jours voient de moins en moins dans leurs fonds de commerce un instrument stable d'exploitation et de richesse et comptent davantage pour s'enrichir sur l'achat et la revente des fonds eux-mêmes, spéculant de la sorte, non sur le produit, mais sur la source même du produit. Il peut y avoir là un danger social que nous n'avons pas projet d'étudier dans ce livre.

d'étonnant alors que les commerçants, les petits surtout aient recours à des intermédiaires qui jouent, en somme, en l'occurrence, un rôle assez semblable à celui que jouent les courtiers libres en marchandises.

115. Par leur profession même, en effet, par leur organisation, par tout un système de renseignements qu'il serait trop long de détailler, les marchands de fonds connaissent en tout temps des établissements de commerce à vendre et des personnes désireuses d'en acheter. Et quand après avoir reçu mission de faire vendre un fonds d'une certaine catégorie, ils reçoivent de par ailleurs, mission d'en faire acheter un de cette même catégorie ou *vice versa*, alors leur rôle consiste à rapprocher, moyennant salaire, les deux parties qui se cherchaient et à favoriser la conclusion de la vente.

116. Bien que ce soit là la partie la plus importante du rôle des intermédiaires, le plus souvent toutefois, leur participation à la vente des fonds de commerce est plus grande et plus sensible. Après que les clauses et conditions de la vente ont été débattues directement entre le vendeur et l'acheteur, et que l'accord établi entre eux, il ne reste plus qu'à dresser l'acte de vente, dans la grande majorité des cas, le marchand de fonds plus au courant de ces sortes de choses que les parties elles-mêmes, libelle les écrits sous seing privé qu'approuvent et signent seulement les contractants. Enfin, on sait que pour être parfaite d'après l'usage, la vente d'un fonds de commerce doit être suivie d'une publication ayant pour but de permettre aux créanciers du vendeur de former opposition sur la vente. Or,

sans doute, l'acquéreur pourrait lui-même faire cette publication et recevoir ces oppositions, mais le plus souvent, il en charge l'intermédiaire qui a présidé à la vente.

117. Tel est le rôle des intermédiaires dans les ventes de fonds de commerce, rôle qui, on le voit, peut être plus ou moins compliqué, mais qui presque toujours comprend les deux parties que nous venons de mentionner. Ce rôle en théorie nous ne saurions le critiquer. Il n'a rien par lui-même de contraire aux lois ou aux mœurs, et il peut en outre rendre de réels services au monde du commerce, aux petits négociants surtout. Nous rappelant toutefois, il est vrai, qu'il peut être tenu par des gens d'une honorabilité douteuse, nous faisons d'ores et déjà nos réserves dans le domaine de la pratique ne pouvant approuver certaines manœuvres répréhensibles à tout point de vue que nous nous proposons d'ailleurs de démasquer plus loin. Mais en revanche, nous protestons ici contre cette tendance fâcheuse qui fait confondre dans une même réprobation générale tous ceux qui pratiquent le même métier ou exercent la même profession, et cela parce que quelques-uns d'entre eux ont failli à la loi du devoir et de l'honneur.

118. Pour nous, nous tâcherons de résoudre aussi impartialement que possible les nombreuses difficultés qui naissent des relations de l'intermédiaire avec ses commettants, nous gardant d'exalter plus qu'il ne faut la profession de marchand de fonds, sans pour cela la condamner *à priori*. Le but que nous poursuivons, est seulement de rapprocher les usages nombreux et divers sur la matière des textes de lois qui, de près ou de loin les con-

cernent, et d'étudier au point de vue juridique ces us et ces coutumes à l'aide des principes généraux du droit qui sont aussi ceux de la raison.

Nous regrettons toutefois, qu'une loi spéciale dont la nécessité se fait sentir chaque jour davantage, n'ait déjà tranché la plupart de ces difficultés avec l'autorité que seul possède le législateur.

119. On peut, dans le domaine de la pratique, distinguer trois catégories d'intermédiaires, marchands de fonds. La première comprend les intermédiaires, propriétaires, gérants ou directeurs d'une agence de ventes de fonds de commerce avec un local spécial, des employés, une patente, parfois même une feuille de publicité à eux, en un mot une installation complète en vue de leur profession.

Ces agences sont nombreuses dans les grandes villes, à Paris surtout où beaucoup d'entre elles, très importantes se sont spécialisées et ne s'occupent que de la vente de fonds de commerce d'une certaine nature, par exemple, des fonds d'épicerie, de pharmacie, de débits de boisson, de boulangerie, etc. Elles constituent elles-mêmes, des fonds de commerce avec achalandage, enseigne, droit au bail, et leur vente est une vente commerciale (1).

120. La seconde catégorie des intermédiaires comprend

(1) V. en ce sens : Lyon, 5 févr. 1846 (S. 47. 2. 76). — Paris, 19 oct. 1865 (*J. C.* 15. 288). — G. Lèbre, n° 179. — *Contra*, Paris, 24 mars 1849 (S. 49. 2. 717). — Paris, 24 août, 1859 (P. 59. 2. 417). — Nouguier.

les marchands de fonds de profession, qui ne s'occupent presque exclusivement que de la vente des fonds de commerce, mais qui n'ont aucun signe extérieur de leur profession. Sortes de placiers en fonds de commerce ils s'enquièreient de fonds à vendre et des acquéreurs possibles, ils se créent des relations dans le monde du petit commerce, auquel ils ont souvent déjà appartenu, il prennent des renseignements qu'ils utiliseront pour faire conclure des ventes et des achats de fonds moyennant un droit de commission.

121. Enfin, une troisième et dernière catégorie d'intermédiaires est celle des intermédiaires qu'on pourrait appeler « accidentels ». Ce sont des gens qui ne font pas métier de s'occuper de la vente des fonds de commerce, qui, pour la plupart, exercent une autre profession ou pratiquent un autre métier et ne se sont que par accident interposés dans une vente de fonds. Le hasard leur a fait découvrir une affaire et le désir de réaliser un bénéfice les a incités à s'en occuper. Ils n'en ont pas moins droit, ainsi que nous le dirons plus loin, à une rémunération pour la peine prise ou le service rendu.

122. Cette distinction des intermédiaires qui nous a été suggérée seulement par la réalité des choses offre de l'intérêt, croyons-nous, à un triple point de vue. Et d'abord, nous la retrouverons quand nous étudierons la rétribution ou salaire dû à l'intermédiaire. Elle nous servira ensuite pour la détermination du caractère de commercialité des actes faits par les marchands de fonds, et par conséquent aussi, pour la détermination de la juridiction compétente

au cas de difficultés entre ces marchands de fonds et leurs clients. Enfin cette distinction offre encore de l'intérêt au point de vue de la nature juridique de l'intermédiaire, nature que nous allons tâcher de dégager par l'étude des divers contrats qui peuvent intervenir entre les intermédiaires et ceux qui les emploient dans les ventes de fonds de commerce.

SECTION II

L'INTERMÉDIAIRE EN DROIT.

123. Avant de rechercher à quelle classe des contrats prévus et organisés par nos lois appartient le contrat qui intervient dans une vente de fonds de commerce entre le vendeur du fonds et l'intermédiaire qui a facilité la vente, il est nécessaire de bien préciser le rôle de ce dernier : Nous venons de le voir dans la section précédente, ce rôle comprend le plus généralement deux parties : recherche d'un acquéreur possible, et publication de la vente, réception des oppositions, enfin distribution du prix aux créanciers opposants. La première partie, recherche d'un acquéreur possible est de beaucoup la plus importante ; c'est elle qui explique l'entremise du marchand de fonds qui est sa principale raison d'être, l'autre partie n'apparaissant que comme la conséquence ordinaire sans doute, mais pas indispensable du rôle primitif joué par l'intermédiaire dans la vente d'un fonds de commerce. Aussi, ne retiendrons-

nous dans cette section que la première partie de ce rôle, car nous nous proposons d'étudier plus loin l'autre partie qui peut d'ailleurs, sans inconvénient aucun, en être détachée.

124. Quand un commerçant, désireux de vendre son fonds charge un intermédiaire de lui trouver acquéreur, il convient seulement avec lui que, moyennant salaire, l'intermédiaire s'emploiera à rechercher un acquéreur et à favoriser l'achat du fonds par cet acquéreur souvent encore inconnu. L'intermédiaire n'est donc pas chargé de vendre le fonds de commerce, mais seulement de le faire vendre, c'est-à-dire d'en provoquer et d'en faciliter la vente par la recherche d'un acquéreur et l'indication qu'il fournit à celui-ci du fonds à vendre.

125. De quel nom juridique peut-on désigner ce contrat qui lie le propriétaire du fonds à l'intermédiaire chargé d'en provoquer la vente ?

126. D'aucuns veulent y voir un mandat, disant que sans doute le propriétaire du fonds de commerce ne donne pas mandat à l'intermédiaire de vendre le fonds, puisque dans la presque totalité des cas la vente a lieu directement entre le vendeur et l'acquéreur, mais qu'il lui donne seulement mandat de trouver acquéreur à sa place. A notre avis, cet acte de rechercher un acquéreur ne saurait faire l'objet d'un mandat. En effet, les caractères essentiels et distinctifs du mandat sont d'abord la représentation du mandant par le mandataire, et cela en vue d'un acte juridique, c'est-à-dire d'un acte qui a pour but de créer, de conserver, de modifier ou d'éteindre des droits, et ensuite

le pouvoir qu'a le mandataire d'obliger le mandant envers les tiers et d'obliger les tiers envers lui ⁽¹⁾. Or, en admettant même qu'ici le mandataire représente le mandant, ce que nous ne croyons pas, car l'intermédiaire qui recherche un acquéreur agit plutôt en son nom qu'au nom du propriétaire du fonds de commerce, on ne saurait toutefois, en aucune façon, soutenir que le fait de rechercher un acquéreur peut être considéré comme un acte juridique. De plus, presque toujours, et à moins de conventions expressément contraires, ce faisant l'intermédiaire n'a pas le pouvoir d'obliger le propriétaire du fonds envers les tiers, et réciproquement. Il nous est donc impossible en l'occurrence d'admettre la théorie du mandat et d'assimiler l'intermédiaire, marchand de fonds de commerce, à un mandataire civil.

127. Mais le contrat que nous étudions est-il davantage un mandat commercial? Le mandat commercial tout comme la vente commerciale, n'a nulle part été réglementé par notre législateur. Il n'existerait même pas, si l'on n'avait coutume de dire que le contrat de commission prévu au Code de commerce n'est autre chose que le mandat civil commercialisé. Aussi, le mandat proprement dit et la commission sont-ils deux contrats de même nature que les théoriciens éprouvent quelque difficulté à différencier. Parmi les auteurs qui ont donné un critérium pouvant servir à faire décider si tel contrat est un mandat

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, § 410. — Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 907.

ou une commission, les uns ont prétendu distinguer la commission du mandat surtout parce que le commissionnaire agit en son nom tandis que le mandataire agit au nom du mandant ⁽¹⁾. D'autres, les plus nombreux, parmi lesquels MM. Lyon-Caen et Renault, enseignent que la commission diffère du mandat, d'abord parce que l'une a pour but un acte commercial et l'autre un acte civil et ensuite parce que le commissionnaire a l'habitude de se livrer à des actes de commission, tandis que le mandataire ne remplit un mandat le plus souvent qu'accidentellement ⁽²⁾. Il semblerait d'après cette façon de distinguer le mandat de la commission, que nous trouvons la meilleure, que l'intermédiaire, marchand de fonds de commerce, est tout au moins un commissionnaire. Il en a les apparences en effet, puisque en s'interposant dans les ventes de fonds, il fait acte de commerce et cela par habitude tout au moins pour le marchand de fonds de profession. Nous pensons quand même que le contrat qui intervient entre le propriétaire du fonds de commerce et l'intermédiaire n'est pas plus un contrat de commission qu'un contrat de mandat. Nous venons de le dire en effet, la commission n'est autre chose que le mandat appliqué aux affaires du commerce. Elle conserve donc la même nature et les mêmes caractères essentiels que le mandat, et n'en suppose pas moins, comme celui-ci, sinon la repré-

(1) V. Ruben de Couder : *Dictionn. de dr. commerc.*, mot : *Mandat*, n° 1.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. III, nos 414 et 415. — Guillouard : *Du mandat*, n° 22. — V. l'opinion originale émise par M. E. Thaller dans son « *Traité élémentaire de droit commercial* », au n° 920.

sensation du commettant par le commissionnaire, puisque cela est discuté, du moins l'acte juridique, but obligatoire de la commission au même titre que du mandat. Or, nous le savons, le fait par l'intermédiaire de rechercher un acquéreur ne saurait être considéré par personne comme un acte juridique pouvant servir de base soit à un mandat, soit à une commission.

128. Mais ce fait ne peut-il pas suffire à motiver entre les parties un contrat de louage des services ? Tel qu'il est organisé par le Code civil, ce dernier contrat pour être parfait exige la réunion de quatre éléments : le consentement des parties, la capacité nécessaire pour contracter, un prix et enfin des services ou ouvrages possibles et licites. Or, ces quatre éléments nous les retrouvons dans le contrat qui intervient entre l'intermédiaire et le propriétaire du fonds de commerce à vendre. La capacité et le consentement des parties sont communs à tous les contrats. Quant au prix ce n'est pas là l'élément qui distingue de façon caractéristique le louage de services des autres contrats et en particulier du mandat, car, si celui-ci est gratuit de sa nature, cela est surtout vrai pour le mandat civil, le mandat commercial, au contraire, étant toujours salarié. Mais ce qui marque bien la différence entre le mandat et le louage de services, et, par conséquent, aussi le contrat que nous étudions, c'est, selon nous, le quatrième élément. Tandis, en effet, que dans le mandat le mandataire représente le mandant pour un acte juridique et peut l'obliger envers les tiers ou réciproquement obliger les tiers envers lui, dans le louage de services, au con-

traire, celui qui loue ses services et joue, pour ainsi dire le rôle du mandataire, n'a pas le pouvoir de représenter son commettant ou plutôt son maître ; il ne s'est, en effet, engagé vis-à-vis de celui-ci qu'à faire, moyennant salaire, un acte quelconque, pourvu que licite et possible, qui n'a nullement besoin d'être juridique ; il agit donc en son nom pour le compte de son maître qu'il ne représente pas, et qu'il ne saurait par conséquent obliger envers les tiers. On le voit, le contrat de louages de services est bien celui qui s'adapte le mieux aux conventions qui interviennent le plus souvent entre le propriétaire du fonds de commerce et l'intermédiaire. Celui-ci moyennant une rétribution s'est engagé à procurer un acquéreur. Il y a donc d'un côté obligation de payer, et de l'autre obligation de faire un acte déterminé. C'est là un contrat synallagmatique parfait où les obligations des parties contractantes se servent réciproquement de causes.

129. Quant à l'intérêt qu'il y a de savoir si le contrat que nous étudions est un mandat ou un louage de services, nous marquerons seulement en passant ce point très important sur lequel nous reviendrons d'ailleurs, à savoir que le prix dans le louage de services ne peut être réduit en vertu de la règle de l'article 1134, d'après laquelle les conventions font la loi des parties, tandis que la jurisprudence décide que le salaire est réductible dans le contrat de mandat.

130. A côté du louage de services, il nous paraît utile de mentionner le contrat de courtage. Le rôle de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, nous

l'avons dit, rappelle assez le rôle du courtier libre de marchandises. L'un et l'autre, en effet, ont pour mission de rapprocher deux parties qui se cherchent : vendeur et acquéreur. Sans oublier toutefois les différences que l'on peut signaler entre le marchand de fonds et le courtier proprement dit, sans vouloir assimiler complètement le fonds de commerce à une marchandise et sans insister sur les bourses de commerce et la stipulation ducroire qu'on ne rencontre presque jamais dans les ventes de fonds, bien qu'elle y soit possible, nous nous contenterons d'observer que le contrat de courtage n'est pas organisé dans nos lois. Sans doute, le Code de commerce au titre V du livre I régleme la profession de courtier, et dans l'article 632 signale parmi les actes de commerce, l'opération de courtage, mais nulle part il ne donne les règles du contrat de courtage, pas plus qu'il ne donne les règles du mandat commercial ainsi que nous l'avons dit au sujet de la commission. Aussi, force nous est d'admettre qu'en matière de courtage le législateur a voulu s'en rapporter aux principes généraux du droit civil qui ne sauraient être autres que les principes mêmes du contrat de louage de services.

131. En soutenant que le contrat, type dont les règles doivent être appliquées au contrat qui intervient entre l'intermédiaire et son client, c'est le louage de services, nous ne voulons pas dire que ce soit là le seul contrat qui puisse être employé par les parties. En vertu de conventions expresses ou tacites résultant des circonstances, il peut très bien se faire, en effet, que le propriétaire d'un

fonds de commerce ait donné, par exemple, mandat à un intermédiaire, non seulement de rechercher un acquéreur, mais encore de vendre son fonds. Dans ce cas, puisque l'intermédiaire devient un mandataire ordinaire en vue d'un acte juridique, il faudra évidemment appliquer les règles du mandat, en observant toutefois que pour cela faire, il ne faut pas s'en tenir seulement au mot mandat que les parties emploient souvent dans leurs conventions écrites sans se rendre bien compte de sa signification juridique.

132. On peut concevoir encore une hypothèse où l'on devra appliquer les règles du contrat de gestion d'affaires. C'est le cas, peu fréquent dans la réalité, où une personne, qui, presque toujours n'est pas un intermédiaire de profession, a procuré un acquéreur au propriétaire d'un fonds de commerce qui ne l'avait pas chargé de lui en trouver un. Comme on ne peut pas alors se baser sur des conventions expresses ou tacites qui n'ont pas existé entre les parties, on devra considérer l'intermédiaire accidentel comme un *negotiorum gestor*; et, en particulier, en ce qui concerne la rétribution à laquelle il peut avoir droit, on devra se demander s'il a fait ou non l'affaire utile du vendeur.

133. D'autres contrats sont encore possibles entre le propriétaire d'un fonds de commerce et l'intermédiaire, comme par exemple la promesse de payer une certaine somme sous condition; il serait trop long de les envisager ici. Nous avons voulu simplement dans cette section montrer qu'en règle générale et dans le domaine de la théo-

rie juridique c'était au contrat de louage de services qu'on devait emprunter les règles de droit devant servir à déterminer les rapports et les obligations qui ont existé entre le propriétaire d'un fonds de commerce et l'intermédiaire qui lui a fait vendre ce fonds.

SECTION III

L'INTERMÉDIAIRE EN DROIT (*fin*). — DU RÔLE QU'IL JOUE
SOUVENT APRÈS LA VENTE.

134. Il arrive très fréquemment, ainsi que nous l'avons déjà mentionné dans la première section de ce chapitre, que le rôle de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce ne se borne pas seulement à rapprocher les parties. La vente une fois conclue entre celles-ci, dans la très grande majorité des cas, l'intermédiaire est d'abord chargé de rédiger les actes sous seing privé, et ensuite, il reçoit mandat de l'acquéreur de faire certains actes en son lieu et place. Sans parler de la publication de la vente dans un journal spécial d'annonces, que d'ordinaire le marchand de fonds fait pour le compte du vendeur et de l'acquéreur, l'intermédiaire est en outre, le plus souvent, chargé par ces derniers de recevoir les oppositions qui pourront être faites sur le prix de la vente par les créanciers du vendeur, de convoquer ces divers créanciers, de dresser un projet d'état de répartition quand, ce qui arrive fréquemment, le prix n'est pas suffisant pour les désintéresser

tous complètement, et enfin de payer à chacun de ses créanciers, moyennant la mainlevée de son opposition, ou bien la totalité de sa créance, ou bien après entente entre tous, le dividende qui lui revient.

135. Il est nécessaire, selon nous, de bien distinguer ces deux parties du rôle de l'intermédiaire. Outre en effet qu'elles sont indépendantes l'une de l'autre et peuvent exister l'une sans l'autre, bien que, nous le reconnaissons, elles se rencontrent presque toujours réunies, elles offrent un caractère juridique bien différent, et relèvent par conséquent de règles de droit, sinon opposées, tout au moins parfaitement distinctes.

136. Dans une vente de fonds de commerce l'intermédiaire, on le sait, en tant qu'il rapproche seulement le vendeur et l'acquéreur ne saurait être considéré comme un mandataire, mais bien comme un locateur de services. On peut, si l'on veut, lui conserver cette dernière qualité quand après la vente et pour le compte des deux parties contractantes, il rédige les actes sous seing privé et fait procéder à la publication d'usage de la vente. Mais là où le caractère juridique de l'intermédiaire devient tout autre c'est quand, au nom de l'acquéreur du fonds de commerce, il reçoit les oppositions des créanciers du vendeur, dresse s'il y a lieu un état de répartition et paie les créanciers opposants. Il agit bien alors au nom d'un autre qui l'en a chargé et qu'il représente pour un acte juridique. L'intermédiaire est donc à ce moment le mandataire de l'acquéreur. On ne saurait en effet contester à cette seconde partie du rôle du marchand de fonds les caractères du

mandat. La représentation de l'acquéreur du fonds de commerce par l'intermédiaire est certaine, puisque ce dernier ne fait les actes que nous venons d'énumérer que pour le compte de son mandant qui se trouve ainsi obligé par l'effet de ces actes vis-à-vis des tiers (en l'espèce les créanciers du vendeur), tout comme ceux-ci sont obligés vis-à-vis de lui. Quant à la qualité d'acte juridique attribuée à l'opération ou à la série d'opérations qu'accomplit alors l'intermédiaire, on ne peut davantage la nier, puisque le paiement ainsi fait indirectement par l'acquéreur du fonds de commerce aux créanciers du vendeur, est un acte qui a pour but de créer des droits d'un côté et d'en éteindre de l'autre. Ainsi donc, ce ne sont plus les règles du contrat de louage de services, mais au contraire celles du mandat salarié qui doivent être appliquées à cette seconde partie du rôle de l'intermédiaire.

137. En réalité, ainsi que nous le disions plus haut, s'il arrive parfois que le marchand de fonds n'est chargé d'accomplir que la première partie de son rôle, comme nous en trouverons plus loin des exemples en étudiant la rétribution due à l'intermédiaire, le plus souvent toutefois l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce a pour mission non seulement de rapprocher les parties, mais encore de recevoir les oppositions et de payer les créanciers opposants. Malgré tout, dans le domaine de la théorie juridique, pour être tout à fait logique, que le rôle du marchand de fonds comprenne les deux parties ou qu'il n'en comprenne qu'une, on devrait, suivant la distinction que nous venons de faire, appliquer des règles différentes

à l'intermédiaire locateur de services envers le vendeur d'un fonds de commerce, et à l'intermédiaire mandataire de l'acquéreur de ce fonds. Mais nous devons reconnaître que cette distinction qui peut paraître d'abord spécieuse et qui n'est pourtant que rationnelle n'est pas faite dans la pratique et que la jurisprudence, dont nous exposerons plus bas, la théorie, ne voit qu'une seule qualité juridique dans le rôle joué par l'intermédiaire, alors même que ce rôle comprenne les deux parties que nous avons distinguées.

SECTION IV

INTERMÉDIAIRE ET AGENT D'AFFAIRES.

138. La comparaison entre l'agent d'affaires proprement dit et l'intermédiaire marchand de fonds de commerce, nous permettra de mieux approfondir la nature juridique de ce dernier et aussi de mieux comprendre la théorie de la jurisprudence sur cette nature.

139. Le fait juridique accompli par l'agent d'affaires est un de ces contrats ou plutôt de ces actes mentionnés, comme l'opération de courtage, dans l'article 632, C. comm., mais que le législateur n'a nulle part réglementés. Aussi est-on obligé de s'en rapporter à l'opinion des commentateurs et à celle de la jurisprudence pour déterminer la nature du contrat qui intervient entre l'agent d'affaires et son client. A ce sujet, les auteurs sont loin

d'être d'accord. D'aucuns, les plus nombreux peut-être, assimilent l'agent d'affaires à un mandataire salarié et qualifient de mandat, le contrat qui le lie à son commettant ⁽¹⁾. D'autres, au contraire, ne voient dans ce contrat qu'un louage de services ⁽²⁾. D'autres encore y voient un contrat innommé tenant à la fois du mandat et du louage de services ⁽³⁾. Et enfin, les derniers disent qu'il y a là une convention synallagmatique, à la suite de laquelle intervient presque toujours comme conséquence un mandat ⁽⁴⁾. Quant à nous, en raison même de l'infinie variété d'opérations auxquelles se livrent les agents d'affaires, nous ne pouvons admettre de façon générale le contrat de mandat, car bien souvent l'acte dont se charge l'agent d'affaires n'a rien de juridique, et dans l'accomplissement de cet acte, il ne représente nullement son client et n'a pas, par conséquent, le pouvoir de l'obliger envers les tiers. Nous préférons donc nous rallier à l'opinion des auteurs qui soutiennent que le contrat intervenu entre l'agent d'affaires et son client tient à la fois du louage de services et du mandat, ou plutôt que c'est d'abord une convention synallagmatique qui a pour conséquence un mandat donné à l'agent d'affaires.

140. La jurisprudence ne paraît pas avoir été appelée à se prononcer d'une façon directe sur la nature du contrat

(1) V. Laurent, t. XXVII, n° 345. — *Répertoire alph. de Dalloz*, v° *Agent d'affaires*, n° 2. — *Répertoire alph. de Rivière*, v° *Agent d'affaires*, n° 116.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 140 *bis*.

(3) V. *Répertoire Labori*, v° *Agent d'affaires*, n° 15.

(4) V. *Répertoire Dalloz*, *suppl.*, v° *Agent d'affaires*, n° 1.

qui lie l'agent d'affaires à son client. Toutefois, des multiples décisions de justice qui ont été rendues au sujet des agents d'affaires on peut conclure que les magistrats les considèrent comme des mandataires salariés. C'est ainsi qu'il a été jugé que tout mandat étant révocable en principe, un agent d'affaire ne peut fonder une demande en dommages-intérêts sur le seul fait de sa révocation ⁽¹⁾. Les tribunaux en outre appliquent surtout aux agents d'affaires la théorie d'après laquelle ils se reconnaissent le droit de réduire à la juste rémunération du service rendu les honoraires stipulés par les mandataires salariés ⁽²⁾. Enfin, un arrêt récent de la Cour de Montpellier semble plus formel encore et on y lit : « Attendu que les agents d'affaires « ont pour caractère essentiel d'accepter tous les mandats « qui ont trait à la gestion des affaires d'autrui, etc..... » ⁽³⁾. Sur cette manière de voir de la jurisprudence nous observerons seulement qu'il nous paraît que souvent jugements et arrêts emploient à l'égard des agents d'affaires le mot mandat sans prétendre attacher à ce mot son véritable sens juridique, ne s'en servant en quelque sorte que comme d'une expression générique.

141. Mais si les auteurs discutent sur la nature du contrat conclu entre l'agent d'affaires et son client, ils sont d'accord toutefois, et avec eux aussi la jurisprudence, sur les autres caractères essentiels et distinctifs de l'agence

(1) V. Trib. comm. Seine, 15 janv. 1887 (*J. C.*, n° 11300).

(2) V. Muzard : *Répert. alph. de jurisprudence, commerc.*, v° *Agent d'affaires*, n° 10.

(3) Montpellier, 18 avr. 1894 (*S.* 95. 2. 29).

d'affaires. De ce que le législateur dans l'article 632, C. comm., a employé le mot « entreprise » on a conclu de façon générale, qu'est agent d'affaires, celui-là seulement qui fait profession sans qualité et moyennant salaire de gérer les affaires d'autrui. Par conséquent, un acte ou des actes isolés ne suffisent pas et il faut pour être considéré comme agent d'affaires que l'on ait l'habitude de faire les actes en question et que l'on ait, en outre, offert ses services au public comme mandataire salarié ⁽¹⁾. Un auteur va même dans ce sens jusqu'à soutenir que pour qu'il y ait agence d'affaires il faut un bureau ouvert au public s'annonçant par des moyens quelconque de publicité ⁽²⁾.

142. Et maintenant, doit-on dire que l'intermédiaire, marchand de fonds de commerce est un agent d'affaires? En théorie du moins l'assimilation complète semble assez difficile à établir. Que si l'on ne voit dans les actes des agents d'affaires que des mandats, on ne pourra d'après ce que nous avons admis au sujet des intermédiaires, soutenir que ceux-ci reçoivent mandat de vendre les fonds de commerce. Que si, au contraire, on se range à l'opinion des auteurs qui admettent que l'acte de l'agent d'affaires est un louage de services ou une convention synallagmatique suivie d'un mandat qui n'en est que la conséquence, se rappelant alors que c'est précisément là la définition par nous donnée du contrat qui lie l'intermédiaire à son com-

(1) V. Bravard-Veyrières et Demangeat, t. VI, p. 357. — Bédarride, n° 271. — Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 140.

(2) V. Ruben de Couder : *Dictionn. de droit commerc.*, v° *Agents d'affaires*, n° 1.

mettant dans une vente de fonds de commerce, on pourrait être tenté de dire que tout marchand de fonds est un agent d'affaires. Mais alors, il ne faut pas perdre de vue que la nature du contrat n'est pas la seule caractéristique de l'agence d'affaires. Celle-ci exige en outre une entreprise, une habitude chez l'agent. Or, dès le début, nous avons distingué en fait les marchands de fonds en trois catégories disant que si les uns sont installés en vue de leur profession avec personnel, bureau, etc., d'autres, au contraire, n'ont aucun signe extérieur du métier qu'ils font et d'autres enfin, ne sont que des intermédiaires accidentels. Dans ces conditions si l'on peut reconnaître les caractères de l'agent d'affaires aux intermédiaires de la première catégorie, il paraît difficile de les reconnaître à ceux de la seconde et de la troisième.

143. Effectivement nulle part, soit dans les auteurs, soit dans la jurisprudence nous n'avons trouvé qu'on ait assimilé franchement l'intermédiaire marchand de fonds de commerce à l'agent d'affaires. Le seul auteur qui, à notre connaissance, ait paru faire cette assimilation est M. Gaston Lèbre, qui dans son livre où il consacre un chapitre aux intermédiaires s'exprime ainsi : « La multiplication croissante des opérations de vente et d'achat de fonds de commerce a fait naître et prospérer l'industrie d'*agents d'affaires spéciaux* qui, moyennant une rétribution, s'occupent de mettre en rapport vendeurs et acquéreurs et de négocier l'achat ou la vente d'un fonds ⁽¹⁾ ».

(1) G. Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, n° 177.

144. Quant à la jurisprudence nous ne croyons pas qu'elle ait été appelée à résoudre directement la question. Toutefois, à ce sujet, tout comme pour la nature du contrat de l'agent d'affaires, on peut inférer de très nombreux arrêts et jugements où l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce est appelé agent d'affaires et traité comme tel, que le marchand de fonds est d'une manière générale, tenu par les cours et tribunaux pour un agent d'affaires. De plus, la jurisprudence administrative vient confirmer cette thèse, et de nombreux arrêts du Conseil d'État ont décidé que les marchands de fonds devaient être assimilés, quant à la patente, aux agents d'affaires soumis eux-mêmes à la patente de la 4^e classe (V. L. 15 juill. 1880, tableau A, 4^e classe). Ce n'est point là, il est vrai, un argument décisif, car on sait que le législateur n'ayant pu prévoir au point de vue fiscal, tous les métiers et professions possibles, le Conseil d'État use et abuse presque de cette qualification d'agent d'affaires pour appliquer l'impôt de la patente, à nombre de contribuables sur le compte desquels la loi est muette.

145. Pour nous, après avoir fait nos restrictions en théorie, nous devons reconnaître que dans le domaine de la pratique, l'assimilation entre l'intermédiaire, marchand de fonds de commerce et l'agent d'affaires s'impose souvent. Surtout, en ce qui concerne les intermédiaires que nous avons classés dans la première catégorie. Sans doute, il est vrai, certains d'entre eux ne s'occupent exclusivement que de ventes de fonds de commerce, mais même ceux-là, on l'a vu, ont les caractères apparents d'une agence d'af-

fares. De plus, un grand nombre de ces intermédiaires installés, dirigent souvent à côté de leurs bureaux de ventes de fonds de commerce, soit une agence de placement ou de renseignements, soit un cabinet de contentieux, toutes choses qui ont été jugées agence d'affaires. La démarcation exacte dans ces cas, entre l'intermédiaire et l'agent d'affaires est bien difficile, et nous comprenons que les tribunaux ne prennent pas la peine de l'établir. Pour les intermédiaires des deux autres catégories, toutefois, nous soutenons que même dans la pratique on ne saurait les assimiler aux agents d'affaires, et que, tandis que les uns ne sont que des locateurs de services, les autres sont des gérants d'affaires, des *negotiorum gestores*, qu'il faut bien se garder de confondre avec des agents d'affaires proprement dits.

SECTION V

L'INTERMÉDIAIRE D'APRÈS LA JURISPRUDENCE.

146. Ce que nous avons dit jusqu'à présent de la qualité juridique de l'intermédiaire et de la nature du contrat qui, dans une vente de fonds de commerce, intervient entre son commettant et lui, a eu surtout pour but de déterminer dans le domaine de la théorie, quels sont à notre avis les vrais caractères du marchand de fonds de commerce. Mais nous n'avons pas projeté de ne faire ici qu'œuvre de théoricien et nous voudrions au contraire que

notre livre fût de quelque utilité au point de vue de la pratique. Aussi, ayant terminé notre exposé théorique qui, en toute occurrence, nous aura permis de dire ce que nous croyons devoir être, allons-nous maintenant envisager la thèse de la jurisprudence qui, elle nous montrera ce qui est. Par conséquent dans la suite de ce livre, quand nous aurons exposé de la façon la plus précise possible, la manière de voir et l'opinion juridique des cours et des tribunaux français sur la question qui nous occupe, nous nous en tiendrons à cette opinion, la critiquant parfois, mais nous rappelant que notre but est surtout de l'exposer et de la faire connaître, sans espoir que nos efforts seuls puissent la modifier sur les points où elle nous paraît perfectible.

147. Bien différente de celle que nous avons nous-même adoptée est la théorie de la jurisprudence sur la qualité juridique de l'intermédiaire dans les ventes de fonds de commerce. Au reste, cette théorie, comme la plupart de celles émises par la jurisprudence, ne se trouve nulle part nettement exposée dans tel arrêt ou tel jugement et ne saurait résulter qu'indirectement de décisions judiciaires multiples qu'il nous a fallu grouper pour en tirer les idées générales de la jurisprudence sur la matière.

148. Sur la question de savoir si l'intermédiaire est un mandataire au sens juridique du mot ou un locateur de services il n'est pas à notre connaissance qu'une cour d'appel ou un tribunal de première instance ait été appelé à se prononcer ouvertement. Mais, nous l'avons déjà dit, nom-

bre d'arrêts et de jugements ayant eu à résoudre des difficultés litigieuses entre intermédiaires et vendeurs ou acquéreurs de fonds de commerce, ou entre intermédiaires et créanciers ou syndics de la faillite du vendeur ont non seulement qualifié le marchand de fonds de mandataire, mais lui ont encore fait l'application des principales règles du mandat.

149. Et tout d'abord, la jurisprudence ne fait pas la distinction par nous admise entre la première et la seconde partie du rôle rempli par l'intermédiaire. Celui-ci est traité par elle de la même façon, qu'il ait été simplement chargé par le vendeur de trouver acquéreur, ou bien qu'à la suite il ait, en outre, reçu mandat de rédiger l'acte de vente, de recevoir les oppositions et de répartir le prix. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris en date du 17 avril 1885 a pu décider que l'intermédiaire pour la vente d'un fonds de commerce qui s'est engagé à procurer un acquéreur a complètement rempli son mandat dès qu'il a trouvé cet acquéreur⁽¹⁾. Au reste ce faisant, la jurisprudence n'est que logique avec elle-même. Dans tous les cas en effet, elle ne voit dans l'intermédiaire qui s'est entremis dans la vente d'un fonds de commerce qu'un mandataire tantôt du vendeur seulement, tantôt du vendeur et de l'acquéreur à la fois. Admettant, au contraire de nous, que le fait de rechercher un acquéreur, qui, nous l'avons dit, n'a par lui-même rien d'un acte juridique, est suffisant pour faire l'objet d'un mandat, il semble rationnel, en tenant

(1) V. *J. C.*, 86, p. 281.

compte des conventions des parties, que la jurisprudence ne fasse pas de distinction entre la première et la seconde partie du rôle de l'intermédiaire.

150. Si nous disons que la jurisprudence assimile toujours l'intermédiaire à un mandataire, c'est non seulement parce que dans les nombreuses décisions de justice que nous avons compulsées sur la matière se trouvent les mots « mandataire » et « mandat » qualifiant le marchand de fonds et le rôle par lui joué, mais encore parce que ces arrêts et jugements sur des questions essentielles comme celles du salaire, du privilège, de la compétence font application des règles du mandat à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce.

151. Le mandat, on le sait, surtout le mandat commercial peut être salarié, et la gratuité du mandat tend de plus en plus à devenir un anachronisme. Aussi, tout en reconnaissant qu'il y a mandat, de nombreuses décisions de première instance et d'appel ont-elles établi, en principe, que lorsque l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce a rempli le mandat qui lui avait été donné, il a droit à une rétribution, à un salaire⁽¹⁾. Il y a même droit, a décidé un jugement du tribunal de commerce de la Seine en date du 22 février 1889, lorsque l'acquéreur et le vendeur se mettent ultérieurement d'accord pour résilier, à raison de convenances à eux personnelles

(1) V. en ce sens : Paris, 17 avr. 1885 (déjà cité). — Trib. comm. Seine, 22 févr. 1889 (*Le Droit*, 10 mars 1889). — Trib. comm. Havre, 17 févr. 1897 (*Recueil du Havre*, 32, 1. 1897).

les conventions primitivement arrêtées ⁽¹⁾. Mais si la jurisprudence reconnaît le principe du salaire dû à l'intermédiaire pour le mandat par lui rempli dans la vente d'un fonds de commerce, elle s'arroge le droit d'apprécier ce salaire, malgré même qu'il y ait eu convention expresse à ce sujet entre les parties ⁽²⁾. Ce n'est là d'ailleurs que l'application de la théorie plus générale que professe la jurisprudence à l'encontre du mandat salarié et que nous exposerons plus longuement dans le chapitre suivant ⁽³⁾. Relativement encore au salaire dû au marchand de fonds il a été décidé par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 3 novembre 1887, confirmant un jugement du tribunal de commerce de la Seine qu'un intermédiaire réclamant une commission pour son entremise dans une vente de fonds de commerce, ne peut, aux termes de l'article 2102, § 3, C. civ., se dire créancier privilégié, car la rémunération due pour l'accomplissement d'un mandat ne saurait être assimilée à des frais faits pour la conservation des biens d'un débiteur ⁽⁴⁾.

152. Outre la question de responsabilité au sujet de laquelle la jurisprudence traite l'intermédiaire, marchand

(1) Jugement déjà cité. — V. aussi : Paris, 14 nov. 1876, *J. C.* 76, n° 9029.

(2) V. Trib. comm. Havre : 21 janv. 1889 (*Rec. Havre*, 53, 1. 1889). — Trib. comm. Nantes, 26 mars et 12 avr. 1890 (*Rec. Nantes*, 168, 1. 1890). — Trib. civ. Seine, 2 avr. 1890 (*La Loi*, 3 avr. 1890). — Trib. comm. Havre, 25 janv. 1886 (*Rec. Havre*, 167, 1. 1886). Paris, 3 nov. 1887 (*Loi*, 25 nov. 1887).

(3) V. p. 146 et suiv.

(4) V. *J. C.* 88, n° 11, 357.

de fonds comme un mandataire salarié, ainsi que nous le verrons par la suite, une dernière preuve, bien convaincante celle-là, que les cours et les tribunaux ne voient qu'un mandat dans le rôle de l'intermédiaire qui s'entremet dans une vente de fonds de commerce, ce sont les très nombreuses décisions judiciaires intervenues pour ou contre la commercialité de ce rôle et par conséquent pour ou contre la compétence de la juridiction consulaire au cas de difficultés. Certains arrêts veulent que le mandat donné par un négociant à un intermédiaire de lui procurer acquéreur pour son fonds de commerce n'ait rien de commercial dans son objet ⁽¹⁾. Toutefois, la solution contraire est plus généralement admise, et on décide d'ordinaire que le mandat donné par un commerçant de vendre son fonds est commercial parce qu'il se rattache intimement à l'exploitation de ce fonds ⁽²⁾.

153. Nous aurons fini d'exposer la théorie de la jurisprudence relative à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, quand nous aurons rappelé ce que nous avons déjà dit en comparant dans la section précé-

(1) V. Comm. Seine, 20 déc. 1855 (*J. C.*, 55, n° 1626). — Paris, 5 mai 1852 (*J. C.*, 52, n° 181). — Paris, 10 juill. 1857 (*J. C.*, 57, n° 1996); 7 août, 23 sept. 1857 (*J. C.*, 57, n° 2121); 9 avr. 1858 (*J. C.*, 58, n° 2394); 3 août 1863 (*J. C.*, 63, n° 4662); 9 juin 1869 (*J. C.*, 69, n° 6686).

(2) Comm. Seine, 30 sept. 1852 (*J. C.*, 52, n° 395); 4 nov. 1855 (*J. C.*, 55, n° 1584); 24 févr. 1857 (*J. C.*, 57, n° 1996); 19 et 23 juill. 1860 (*J. C.*, 60, n° 2385). — Paris, 13 janv. 1858 (*J. C.*, 58, n° 2394); 3 avr. 1860 (*J. C.*, 60, n° 3234); 19 août 1865 (*J. C.*, 65, n° 5145); 23 mars 1866 (*J. C.*, 66, n° 5611); 28 févr. 1868 (*J. C.*, 68, n° 6266); 7 févr. 1870 (*J. C.*, 70, n° 6092). — Cass., 15 déc. 1856 (*J. C.*, 56, n° 2121).

dente cet intermédiaire à l'agent d'affaires proprement dit ⁽¹⁾. Les tribunaux français, on le sait, ne voient, règle générale, dans les agents d'affaires que des mandataires salariés. Ces mêmes tribunaux assimilent également le rôle joué par le marchand de fonds à un mandat rétribué. Il semble donc naturel qu'ils confondent facilement les intermédiaires qui interviennent dans les ventes de fonds de commerce avec les agents d'affaires proprement dit. C'est ce qui a lieu en effet; et comme nous l'avons exposé plus haut (V. p. 113) la jurisprudence, sans distinguer comme nous trois catégories d'intermédiaires en fait, traite de façon générale le marchand de fonds, d'agent d'affaires et lui applique les mêmes principes de droit qu'à ce dernier. Aussi dans la suite, sauf quelques décisions d'espèces ou soit en raison des faits établis aux débats, soit en raison des habitudes ou de la position sociale de l'intermédiaire, les juges n'ont pu assimiler celui-ci à un agent d'affaires, verrons-nous souvent, quand nous aurons à rapporter des arrêts de cours et des jugements de tribunaux, le mot agent d'affaires mis aux lieu et place du mot intermédiaire.

(1) V. p. 108 et suiv.

CHAPITRE II

Rétribution de l'intermédiaire.

SECTION I

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.

154. Puisque la jurisprudence admet en général que c'est en vertu d'un mandat que l'intermédiaire intervient dans une vente de fonds de commerce et puisque nous-même, après avoir fait nos réserves au point de vue théorique, nous voulons exposer et suivre l'opinion de cette jurisprudence, il est indispensable, semble-t-il, que nous marquions dès le début certaines considérations générales sur le mandat qui nous permettront dans la suite de mieux faire comprendre le rôle du marchand de fonds et surtout de résoudre plus aisément les difficultés auxquelles l'exécution de ce rôle peut donner lieu. Nous devons surtout envisager la question fort intéressante par ses conséquences, de savoir si le contrat de mandat change de nature quand il comporte un salaire.

155. Les règles du mandat tel que l'a organisé le législateur français, sont contenues au titre XIII du livre III du Code civil (art. 1984-2010). Nous n'avons pas l'intention

de reproduire et commenter ici les dispositions du Code, car nous sortirions ainsi du cadre de notre livre. Considérant donc, comme établies et connues en droit civil les règles du mandat, nous ne nous occuperons par la suite que de celles de ces règles qui trouveront une application immédiate dans la question que nous étudions.

156. Le mandat commercial, nous l'avons déjà dit (V. p. 99), diffère peu du mandat civil. Au sujet de la preuve, toutefois, il existe entre ces deux mandats une différence importante qu'il convient de signaler ici. Tandis, en effet, que le mandat civil se prouve conformément aux règles générales de la preuve établies dans les articles 1315 et suiv., C. civ., la preuve du mandat commercial, au contraire, doit être administrée conformément aux dispositions de l'article 109, C. comm., qui, d'après une jurisprudence constante s'applique à tous les engagements commerciaux, encore que son texte ne vise que les achats et ventes. Par conséquent, à défaut d'autres moyens de preuve, le mandat commercial peut être établi par la preuve testimoniale, dans les cas où le tribunal croira devoir l'admettre.

157. Quant à savoir si le mandat accepté et rempli par l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, est un mandat civil ou un mandat commercial, nous résoudrons plus loin cette question dans un chapitre consacré à la compétence. Mais, dès maintenant, nous admettons comme établi que ce mandat est commercial ⁽¹⁾.

(1) V. p. 198 et suiv.

§ *Mandat gratuit et mandat salarié.*

158. Si d'après les très vieux principes du droit romain le mandat était gratuit par son essence, il n'est plus, depuis le Code civil que gratuit par sa nature, ainsi que cela résulte de l'art. 1986 aux termes duquel le mandat est gratuit « s'il n'y a convention contraire ». Sans doute ce texte paraît supposer la nécessité d'une clause expresse pour faire du mandat un contrat salarié. Mais comme le dit fort bien Guillouard dans son *Traité du Mandat* : « l'on « s'accorde à reconnaître que cette clause expresse n'est « pas nécessaire et que les parties peuvent convenir tacitement que le mandat sera salarié, sauf à déterminer ensuite le montant du salaire par l'usage et par les circonstances particulières du mandat dont il s'agit. Ainsi, le « mandat donné en matière commerciale, la commission « est un contrat à titre onéreux en dehors de toute stipulation. « En général, disent très bien MM. Lyon-Caen et « Renault, rien ne se fait gratuitement dans le commerce ». « De même le mandat donné aux personnes qui font profession de faire les affaires d'autrui est salarié de plein « droit, sans qu'il en ait été question entre les parties. Il « en est ainsi du mandat donné à l'agent d'affaires, à l'arbitre, à l'huissier, à l'avoué » (1). Ainsi donc le mandat même civil peut être présumé salarié. Toutefois en dehors de toute stipulation le caractère commercial du mandat

(1) Guillouard : *Traité du mandat*, n° 11.

augmente encore la présomption de non-gratuité ⁽¹⁾.

159. La question du salaire dans le mandat en entraîne une autre fort importante à savoir si le mandat salarié devient un contrat bilatéral? Le mandat, en effet, tel qu'il a été organisé par le Code civil appartient à cette classe de contrats que certains auteurs ont voulu nuancer d'avec les contrats unilatéraux en général en les désignant sous le nom de contrats synallagmatiques imparfaits. Les contrats de cette dernière catégorie parmi lesquels on place le mandat sont des contrats où il n'y a au début qu'une des deux parties engagées, l'autre pouvant l'être ou ne pas l'être à la suite de l'exécution de l'obligation. On s'est donc demandé avec raison si la stipulation d'un salaire ne changeait pas le caractère unilatéral du mandat et ne faisait de celui-ci un contrat synallagmatique d'après lequel les deux parties contractantes se trouveraient immédiatement engagées l'une envers l'autre, l'obligation de la première servant de cause à l'obligation de la seconde et réciproquement?

160. Sur cette question les opinions sont très partagées. Les auteurs les plus nombreux toutefois soutiennent que le salaire ne change pas la nature du mandat, et que celui-ci n'en conserve pas moins son caractère de contrat unilatéral. En faveur de cette thèse on fait valoir les arguments suivants. Et d'abord, dit-on, le mandataire seul se trouve

(1) V. en ce sens : Troplong, n° 223. — Pont, n° 885. — Massé : *Droit commercial* : t. IV, n° 2674. — Bravard-Veyrières, t. II, p. 250. — Bédarride, *Commission*, n° 124. — Lyon-Caen et Renault : *Traité*, t. II, n° 412.

engagé immédiatement, mais non le mandant dont l'obligation n'est qu'éventuelle et dépend de l'exécution du mandat (1). De plus ce fait postérieur, d'où résultera l'obligation du mandant, peut être empêché par la volonté de ce dernier qui a le droit de révoquer le mandat. Par conséquent, cette convention par laquelle une seule partie s'oblige, l'autre pouvant se trouver engagée ou non, suivant sa volonté ne saurait donc rentrer dans la définition que l'article 1102, C. civ., donne des contrats synallagmatiques. « Puis (ajoute M. Guillouard dans son *Traité du mandat*), « et c'est là surtout le motif qui nous détermine, le salaire « convenu dans le mandat n'est pas l'équivalent du service « rendu ; le mandataire même salarié « rend toujours un service que le salaire ne rémunère que « d'une manière incomplète, et les deux obligations, celle « du mandataire et celle du mandant ne peuvent pas être « absolument considérées comme la cause l'une de l'autre. » (2).

161. A cela, les partisans de la théorie du mandat salarié, contrat synallagmatique répondent.

En ce qui touche l'éventualité de l'obligation du mandat qui pourra ne pas naître, si le mandat n'est pas exécuté ou si le mandant lui-même le révoque, M. Laurent s'exprime ainsi : « Sans doute, mais n'en est-il pas de même « dans tout contrat synallagmatique où un prix est stipulé? Est-ce que le maître doit le prix de l'ouvrage si

(1) V. Paul Pont : *Des petits contrats*, t. I, n° 882.

(2) Guillouard, *op. cit.*, n° 14.

« l'ouvrier ne l'exécute pas? Est-ce que l'acheteur doit
« le prix, si le vendeur ne lui livre pas la chose vendue?
« Il y a seulement un caractère spécial au mandat, c'est
« que le mandant peut le révoquer; et il va de soi que le
« mandataire ne peut pas réclamer un salaire pour un
« mandat révoqué, c'est-à-dire pour une affaire qu'il ne
« fait point. Mais cela n'empêche pas que le mandat
« salarié soit un contrat bilatéral; pour déterminer la
« nature d'un contrat, il faut considérer les conventions
« des parties contractantes au moment où elles traitent,
« il faut donc supposer que le contrat reçoit son exécu-
« tion; or, si le mandataire remplit ses obligations en
« faisant l'affaire dont il est chargé, le mandant devra
« aussi remplir la sienne en payant le salaire convenu ⁽¹⁾ ».

M. Baudry-Lacantinerie qui partage l'opinion de M. Laurent ajoute : « La vérité est que les deux parties s'obligent
« et qu'elles s'obligent de la même manière. Le manda-
« taire s'engage à exécuter le mandat et il n'est pas vrai
« de dire que c'est là une obligation à laquelle il peut se
« soustraire par le seul effet de sa volonté en renonçant
« au mandat; car son droit de renonciation souffre des
« limitations importantes : notamment, il ne peut renon-
« cer intempestivement (art. 2007, alin. 2). De même, le
« mandant s'oblige à payer le salaire promis, et on pré-
« tend à tort qu'il peut rompre ce lien par sa seule vo-
« lonté; en effet, en révoquant le mandat sans justes
« motifs, il se rend passible de dommages-intérêts envers

(1) Laurent, XXVII, n° 140.

« le mandataire. Les deux parties s'obligent donc par ce « contrat, ce qui le rend synallagmatique ⁽¹⁾ ».

162. Pour nous, nous n'hésitons pas dans cette controverse à nous ranger du côté de la minorité et à soutenir qu'à notre sens le mandat salarié est un contrat synallagmatique de tous points conforme à la définition donnée par l'article 1102, C. civ. Aux arguments qui nous paraissent irréfutables de MM. Laurent et Baudry-Lacantinerie nous ajouterons seulement un mot en réponse à l'argument de M. Guillouard, qui consiste à dire que le salaire dans le mandat n'est pas l'équivalent du service rendu, et que par conséquent l'obligation du mandataire et celle du mandant ne sauraient se servir réciproquement de cause l'une à l'autre. En raisonnant de la sorte M. Guillouard semble n'avoir pu faire entièrement abstraction du caractère primitif du mandat qui, au début, en droit romain surtout, n'était qu'un service rendu par le mandataire au mandant, toujours gratuitement. Mais, dès que le salaire a fait son apparition dans le mandat ce n'est plus dans le but de rendre un service, mais bien avec l'intention de faire une affaire et de réaliser un bénéfice que le mandataire s'est chargé de l'accomplissement du mandat. Et cela est si vrai que des gens, même au civil et surtout au commerce font profession d'accepter et de remplir des mandats salariés, or, il serait puéril de soutenir que ces gens, vivant de leur métier n'ont pas l'intention en accomplissant de pareils mandats d'obtenir l'exacte

(1) Baudry-Lacantinerie : *Précis de droit civil*, t. III, n° 906.

rétribution des services qu'ils rendent. Dès lors, on peut donc dire que dans le mandat salarié deux intérêts se trouvent en présence qui peuvent très bien servir de double cause à une convention synallagmatique.

163. L'intérêt de la question que nous venons de tâcher de résoudre est grand quand on songe surtout aux conséquences qui découlent de l'une ou l'autre opinion admise. Suivant, en effet, que l'on admet que le mandat salarié est un contrat synallagmatique ou non, on doit admettre que quand ce mandat est donné par écrit, la formalité du double écrit est ou n'est pas nécessaire (art. 1325, C. civ.) ⁽¹⁾. Toutefois, cette conséquence perd de son importance pour le mandat commercial qui peut être prouvé par tous les moyens de preuve admis par l'article 109, C. comm. Mais une conséquence autrement grave est celle que nous exposerons plus loin au sujet de la théorie de jurisprudence d'après laquelle les juges se reconnaissent le droit d'apprécier et de réduire le salaire stipulé dans le mandat. Nous verrons alors combien il est important de se prononcer pour ou contre le caractère bilatéral du mandat salarié.

SECTION II

CONVENTIONS TACITES.

164. Le mandat donné à un intermédiaire dans une vente de fonds de commerce est évidemment un mandat salarié,

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, n° 913-b.

non seulement parce qu'il comporte très souvent une stipulation expresse de salaire, ainsi que nous le dirons dans la section suivante, mais encore parce que, en l'absence de toute stipulation, le salaire peut résulter d'une convention tacite entre le vendeur du fonds et l'intermédiaire qu'il a chargé de lui trouver acquéreur.

165. Nous avons vu, en effet, que dans tout mandat les parties peuvent convenir tacitement d'un salaire; et cela d'autant plus qu'il s'agit d'un mandat commercial ou d'un mandat donné aux personnes qui font profession de faire les affaires d'autrui ⁽¹⁾. Or, en l'espèce nous avons admis, sauf à le prouver plus tard, que le mandat confié au marchand de fonds était commercial, et de plus, nous savons que dans la grande majorité des cas le rôle d'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce est joué par des personnes faisant profession de gérer les affaires d'autrui, agents d'affaires d'après la jurisprudence, intermédiaires de la première et de la seconde catégorie selon nous. Par conséquent, il est certain que le mandat que nous étudions peut être tacitement salarié. Au reste, rien de plus rationnel. En effet, par le fait seul, qu'un propriétaire de fonds de commerce charge un intermédiaire de lui faciliter la vente de ce fonds, il s'engage envers celui-ci à le rétribuer de ses peines et soins, alors même qu'il n'aurait été nullement question entre eux d'un salaire. Cette convention tacite d'une rémunération pécuniaire entre le vendeur et l'intermédiaire repose sur

(1) V. Guillouard, *op. cit.*, p. 123 de notre livre.

deux données juridiques certaines, à savoir d'abord que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et qu'ensuite, tout travail mérite salaire. Or, il est évident qu'un vendeur de fonds de commerce peut être intéressé pour des raisons multiples à trouver un acquéreur dans des conditions déterminées; s'il charge un intermédiaire de lui procurer cet acquéreur et qu'il refuse ensuite de lui payer un salaire au prétexte qu'il n'en avait pas été stipulé, il réalise ainsi un bénéfice au préjudice de l'intermédiaire qui lui aura procuré un avantage parfois très grand en favorisant la vente du fonds et qui ne recevra pas le prix du service rendu auquel il était en droit de s'attendre. De plus, s'il est généralement vrai que tout travail mérite salaire et toute peine rétribution, cela est encore bien plus vrai, si possible, en matière commerciale où comme nous l'avons vu on ne donne et on ne fait rien pour rien; or ici, quand le vendeur et l'intermédiaire traitent ensemble au sujet de la vente du fonds ils font acte de commerce.

166. Au reste, dans la pratique les juges paraissent admettre sans difficulté le principe du salaire pour le mandat donné à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce et cela, en l'absence de toute convention expresse à ce sujet. Mais là, où les tribunaux diffèrent peut-être entre eux, c'est quand il s'agit de déterminer le montant de ce salaire. Les uns, ne faisant d'ailleurs en cela qu'appliquer la théorie de la jurisprudence relative aux stipulations expresses de salaire, décident que le salaire de l'intermédiaire, en l'absence de clause formelle, devra être apprécié d'après la peine prise et le service

rendu ; ils laissent alors au juge du fait le soin de fixer l'importance de la rétribution qui doit être allouée à l'intermédiaire quand il a rempli son mandat. Les autres au contraire, reconnaissent un salaire fixe, établi par la coutume dans différentes villes et alors se contentent d'appliquer cette sorte de tarif au mandat de l'intermédiaire pour lequel un salaire déterminé n'a pas été stipulé ⁽¹⁾. C'est ainsi par exemple, qu'à Paris, il est d'usage d'admettre qu'à défaut de stipulation expresse d'un salaire convenu l'intermédiaire qui s'est interposé dans la vente d'un fonds de commerce a droit à une commission de 5 p. 0/0 sur le prix de vente ⁽²⁾. Ce taux est également admis dans d'autres localités comme au Havre ⁽³⁾.

167. Quant à nous, nous trouvons préférables les décisions des tribunaux qui, en l'absence d'un salaire stipulé fixent la rétribution due à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce d'après les données de la coutume. Nous avons vu, en effet, en citant Guillouard (V. p. 123) qu'en général quand le salaire du mandat n'avait pas été arrêté par les parties elles-mêmes il devait être déterminé

(1) V. Trib. comm. Havre, 22 oct. 1888 (*Rec. Havre*, 254. 1. 1888).

(2) Certains courtiers en fonds de commerce, à Paris, voudraient soutenir que l'usage n'admet pas seulement, comme salaire tacite de l'intermédiaire, le tarif de 5 p. 0/0 sur le prix de vente, mais qu'il reconnaît en outre un chiffre ferme minimum de 500 francs pour chaque vente de fonds de commerce. Pour nous, bien que souvent dans les conventions expresses, ce chiffre de 500 francs soit stipulé au profit de l'intermédiaire, nous nous refusons à admettre que la coutume reconnaisse à celui-ci le droit de le réclamer en l'absence de toute stipulation.

(3) V. Trib. comm. Havre, 21 janv. 1889 et 25 août 1890 (*Rec. Havre*, 53. 1. 1889, et 216. 1. 1890).

ensuite par l'usage et les circonstances particulières du mandat dont il s'agit. Sans doute, la coutume, en ce qui touche le salaire tacite dû à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce est parfois incertaine, mais quand elle est fixée et reconnue les juges doivent s'y tenir, car c'est le meilleur moyen d'éviter l'arbitraire.

SECTION III

CONVENTIONS EXPRESSES.

168. Bien qu'en l'absence de toute stipulation, comme nous venons de le voir, un salaire soit dû à l'intermédiaire qui a facilité la vente d'un fonds de commerce, toutefois, dans la pratique, il arrive rarement que les parties contractantes, c'est-à-dire le vendeur du fonds et l'intermédiaire n'aient pas prévu et réglé la question du salaire. Au contraire, dans la très grande majorité des cas, cette question est l'objet de conventions expresses par lesquelles les parties s'entendent sur le *quantum* de la rétribution promise et sur le mode de son paiement.

169. Puisque nous avons admis, à défaut même de convention à ce sujet, qu'un salaire était dû à l'intermédiaire marchand de fonds qui avait accompli son mandat, à plus forte raison devons-nous admettre la légitimité de ce salaire quand une stipulation expresse est intervenue lors de la conclusion du contrat entre le vendeur du fonds et l'intermédiaire. Et peu importe que cette stipulation soit

simplement verbale ou qu'elle ait été constatée par écrit. L'écriture en effet, ne saurait être ici qu'un moyen de preuve et comme on sait qu'en matière commerciale la preuve testimoniale est admise, la convention d'un salaire entre le vendeur d'un fonds de commerce et l'intermédiaire dans la vente de ce fonds aura la même valeur et la même force, qu'elle ait été faite verbalement ou par écrit, pourvu qu'elle puisse être prouvée, et sauf la difficulté de la preuve qui pourra peut-être être plus grande en l'absence d'un écrit.

170. Mais tandis que en matière de convention tacite il nous a fallu pour apprécier le salaire dû à l'intermédiaire, ou bien admettre le pouvoir arbitraire des juges, ou bien faire l'application du salaire déterminé par la coutume, quand coutume il y a, en matière de convention expresse, au contraire, nous ne devons pour apprécier le salaire dû que tenir compte des stipulations intervenues entre les parties. Nous sommes ici, en effet, en présence d'un contrat d'ordre privé auquel s'applique la maxime de droit « les conventions font la loi des parties. » C'est librement que deux parties se rapprochent pour former une convention qui par elle-même n'a rien de contraire à l'ordre public; par conséquent, leurs volontés doivent être respectées. Quand le propriétaire d'un fonds de commerce, désireux de le vendre, s'adresse à un intermédiaire qu'il charge de s'occuper de cette vente, quand en échange du service demandé il lui promet une certaine somme d'argent qui est acceptée, le vendeur du fonds contracte avec lui une obligation de payer, tandis que l'intermédiaire contracte une obligation de faire. Ces deux obli-

gations se servent réciproquement de cause et l'accomplissement de l'une entraîne forcément l'accomplissement de l'autre. Nous nous trouvons donc ici en présence d'un contrat parfaitement synallagmatique qui doit être régi par les dispositions du Code civil. Peu importe, selon nous, qu'on appelle ce contrat un louage de services ou un mandat salarié. Le contrat de louage de services, en effet, est un contrat synallagmatique pour tout le monde, et quant au mandat salarié si les auteurs les plus nombreux soutiennent qu'il reste un contrat unilatéral, nous avons admis avec la minorité qu'il était synallagmatique.

171. Ainsi donc, quand une convention expresse de salaire est intervenue entre un vendeur de fonds de commerce et un intermédiaire, cette convention doit faire la loi des parties et quand l'intermédiaire a accompli le mandat qui lui avait été confié, il a droit à la totalité de la rémunération qui lui avait été promise en vue de ce mandat. Quant à savoir si oui ou non l'intermédiaire, marchand de fonds, a fidèlement tenu tous ses engagements c'est là une question de fait qui doit être résolue d'après les conventions elles-mêmes des parties. Ce n'est en effet qu'une question d'interprétation de contrat qui en l'espèce donne souvent lieu à des contestations que nous énumérerons dans une des sections suivantes.

172. Au cas de difficultés entre le vendeur du fonds de commerce et l'intermédiaire les juges, selon nous, n'ont pas à apprécier le *quantum* du salaire librement et volontairement déterminé par les parties dans le contrat entre elles intervenu, ils n'ont qu'à décider si la partie qui ré-

clame le paiement du prix convenu à elle-même exécute l'obligation à laquelle elle s'était engagée. Sans doute, le contrat que nous étudions est soumis à toutes les règles des contrats en général et peut comme tous les contrats être vicié par l'erreur, le dol ou la fraude. Aux juges alors à appliquer les règles édictées par le Code civil pour ces diverses hypothèses. Mais si la bonne foi a présidé de part et d'autre à la conclusion des conventions, nous dénions aux juges le droit de se substituer aux parties et de décider par exemple que bien que l'intermédiaire ait accompli tout ce à quoi il s'était engagé, il n'a pas droit à la rétribution promise ou tout au moins à la totalité de cette rétribution. En raisonnant de la sorte nous n'ignorons pas que nous allons contre une théorie, généralement acceptée par la jurisprudence, qui reconnaît aux juges, même en présence de stipulations expresses et formelles, le droit d'apprécier et de fixer le salaire dû. Cette théorie nous l'exposons dans la section suivante et nous nous efforcerons de la combattre.

173. Dans cette section nous avons surtout pour but d'étudier une des manifestations les plus communes du contrat qui intervient entre le vendeur d'un fonds de commerce et l'intermédiaire, à savoir les « bons de commission ».

§ *Des bons de commission.*

174. Encore que le contrat conclu entre le vendeur d'un fonds de commerce et l'intermédiaire puisse être constaté, comme toutes les obligations synallagmatiques,

par un écrit signé des deux parties, il arrive toutefois, le plus souvent, dans la pratique, que le propriétaire d'un fonds de commerce qui s'adresse à un intermédiaire pour arriver à la vente de ce fonds, souscrit à ce dernier une sorte d'engagement unilatéral désigné couramment sous le nom de bon de commission.

175. La formule la plus ordinaire de ces bons est la suivante :

« Je soussigné., propriétaire d'un fonds
« de. sis. m'oblige à payer
« à. si je vends mon fonds par son inter-
« médiaire, une commission en espèces de.
« Il est bien entendu que si je ne vends pas par son entre-
« mise, je ne lui devrai rien pour quoi que ce soit.
« Fait à. le. »

176. Ainsi conçus ces bons de commission ont l'apparence d'un contrat unilatéral plutôt que d'un contrat synallagmatique. L'intermédiaire, en effet, ne prend lui aucun engagement; c'est seulement le vendeur du fonds de commerce qui s'oblige à payer une certaine somme sous une condition déterminée, à savoir que l'intermédiaire aura été la cause de la vente. Mais à bien dire ce n'est même pas là un contrat unilatéral, car l'engagement du propriétaire du fonds de commerce n'est pas définitif et dépend de la conduite postérieure de l'intermédiaire. Nous sommes donc ici en présence d'une simple pollicitation : le vendeur offre à l'intermédiaire de lui donner une somme déterminée s'il s'occupe de la vente de son fonds de commerce et s'il parvient à réaliser cette

vente. La conclusion définitive du contrat, c'est-à-dire son existence même dépend donc de l'acceptation subséquente par l'intermédiaire de l'offre qui lui est faite. Mais si celui-ci accepte, c'est-à-dire, s'il s'occupe de la vente du fonds de commerce et s'il provoque la réalisation de cette vente, alors le contrat devient parfait et les parties se trouvent réciproquement engagées l'une vis-à-vis de l'autre. Si donc l'intermédiaire a rempli la condition qui lui était imposée de prêter son concours en vue de la vente du fonds, le vendeur de son côté est tenu de remplir l'engagement par lui pris dans le bon de commission et de payer la somme promise en échange du service demandé. Mais puisque l'exécution du contrat dépend, somme toute, de la volonté de l'intermédiaire, ce sera à ce dernier, s'il réclame le paiement du salaire stipulé, à prouver qu'il a, quant à lui, accompli le mandat dont on l'avait chargé et que c'est effectivement à la suite de ses démarches et grâce à son concours que la vente du fonds a eu lieu. Cette preuve une fois faite de sa part, nous n'entrevoions pas de bonne raison juridique pour qu'on lui refuse la somme stipulée dans le bon de commission.

177. Une question délicate se pose ici : à quel moment l'intermédiaire peut-il soutenir à bon droit qu'il a rempli la condition posée dans le bon de commission lui permettant de réclamer le prix convenu? ou plutôt de quelles démarches l'intermédiaire, marchand de fonds, doit-il justifier pour avoir droit à la rétribution promise? La formule ordinaire des bons de commission, telle que nous l'avons rapportée plus haut, est un peu vague à ce sujet

puisqu'elle ne renferme que ces mots « si je vends mon « fonds par son intermédiaire » ; et nous verrons plus loin que ce manque de précision est la cause de nombreuses manœuvres indélicates de la part de certains intermédiaires, et aussi la source de beaucoup de difficultés litigieuses. Rationnellement le bon de commission, tel que nous le connaissons ne peut viser que le concours et les démarches de l'intermédiaire avant la vente ; il ne saurait se rapporter à l'intervention fréquente de l'intermédiaire, soit pour la rédaction de l'acte de vente, soit pour l'accomplissement des formalités nécessaires après la vente : publication, réception des oppositions, répartition du prix, etc.

178. Or, le rôle pratique de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, avant la vente et pour arriver à celle-ci, c'est-à-dire le rôle précisément visé par le bon de commission, comprend deux parties. D'abord l'intermédiaire s'occupe d'une certaine publicité, soit dans des feuilles à lui spéciales, soit dans les journaux quotidiens ou d'annonces, publicité dont le but est de porter à la connaissance du public parmi lequel peuvent se rencontrer des acquéreurs futurs, la mise en vente du fonds de commerce. De plus l'intermédiaire, et c'est là le sens qu'il faut donner aux termes du bon de commission, doit faire des démarches auprès des personnes qu'il suppose vouloir acheter le fonds de commerce ou qui se présentent à lui comme des acquéreurs possibles, leur indiquant le fonds à acheter, leur donnant des renseignements sur ce fonds, le leur faisant visiter, les mettant en rapport avec le propriétaire vendeur, etc.

179. Voilà à notre avis ce à quoi est tenu l'intermédiaire, marchand de fonds, pour avoir droit au salaire qui lui a été promis dans le bon de commission. Malheureusement dans la pratique il arrive souvent que certains intermédiaires peu scrupuleux, malhonnêtes même, se livrent à des manœuvres déloyables que nous tenons à démasquer ici. Le moyen le plus ordinairement employé par ces intermédiaires louches, consiste à créer une confusion entre les deux parties du rôle que nous venons de mentionner et à surprendre la signature du vendeur du fonds de commerce, leur mandant, qui, lui, croit promettre un salaire déterminé pour toutes les peines que devra prendre l'intermédiaire pour arriver à la vente et qui en réalité, grâce à la manœuvre dont il est la victime, s'engage à payer une somme d'argent souvent importante pour des frais et démarches d'une valeur presque toujours infime. Les façons d'agir de ces intermédiaires pour arriver à tromper le vendeur du fonds avec qui ils traitent peuvent être variées à l'infini. Nous signalerons seulement les plus communes que l'on rencontre assez fréquemment dans la pratique commerciale, à Paris surtout.

180. Voici quelques-unes des formules employées dans le but évident de surprendre la bonne foi du vendeur du fonds de commerce qui traite avec l'intermédiaire. Certains bons de commission portent : « Je soussigné, m'engage à payer à M. X. la somme de. . . si je cède mon fonds par son entremise ou « *sur son indication* ».

D'autres renferment la clause suivante :

« Et dans le cas où je disposerais de mon établissement

« autrement que par l'entremise de M. X., je m'oblige à
« lui payer aussitôt que la cession de mon fonds aura eu
« lieu la somme de. . . . à forfait pour le couvrir de ses
« frais de publicité, soins et démarches donnés à mon
« affaire ». Une autre façon insidieuse de rédiger un bon
de commission est la suivante :

« Je m'engage, en cas de vente seulement, à payer à
« M. X. ou au porteur, en espèces ou à forfait la somme
« de. . . ., si M. X. a donné mon adresse et les indica-
« tions de vente à l'acquéreur de mon fonds de commerce
« ou à son représentant et ce, quelles que soient les con-
« ditions de la vente. Je ne devrai absolument rien pour
« quoi que ce soit si l'acquéreur n'a pas reçu mon adresse
« par M. X. ou si la vente n'a pas lieu ».

181. Enfin, voici une dernière formule de bon de com-
mission que nous donnons *in extenso* pour bien montrer
jusqu'où peut aller la rouerie de certains intermédiaires.

« Je soussigné., propriétaire du fonds ci-des-
« sous, charge M. X. de la mise en vente et de la cession
« de mon fonds d'épicerie (par ex.) sis à. . . . et pour
« ce, m'engage à lui payer 300 fr. savoir :

« 200 fr. pour commission	}	si la vente a lieu par lui.
« le jour où le montant inté-		
« gral du fonds me sera versé.		
« 40 fr. le jour de la vente	}	si l'inventaire a lieu par lui.
« pour l'inventaire du maté-		
« riel et des marchandises.		

« 60 fr. payables à vue dès « que la mise en vente du « fonds aura paru aux <i>Petites</i> « <i>affiches</i> ».	}	si la mise en vente a lieu par lui.
--	---	--

« soit un ensemble de trois cents francs si l'inventaire, la
« mise en vente et la cession ont lieu par lui.

« Il est bien entendu que je suis toujours libre de traiter
« directement, et dans ce cas je ne lui devrai pas la com-
« mission, pas plus que les frais d'inventaire du matériel
« et des marchandises.

« Lu, approuvé et fait double à. . . . le.

« P. S. — La mise en vente aux *Petites affiches* sera
« renouvelée à chaque demande du vendeur et les 60 fr.
« sont payables à première justification ».

182. Mais les intermédiaires malhonnêtes ne comptent pas seulement sur le libellé des bons de commission pour tromper les commerçants trop confiants, ils ont aussi coutume d'user d'un autre procédé, à notre avis, encore plus déloyal. Ils se servent d'imprimés tout préparés dont les 2/3 sont remplis par la formule d'un bon de commission régulier ; quant au dernier tiers, séparé des deux autres par une ligne pointillée, comme en ont les carnets à souches, il est rempli par un billet affectant la forme d'un effet de commerce à ordre et le plus souvent ainsi conçu :

« Paris, le

« à (telle date). Veuillez payer contre
« ce mandat à l'ordre de M. X. . . . la somme de . . .
«
« Valeur en publicité ou valeur en règlement de compte ».

183. Le commerçant qui veut vendre son fonds et qui s'abouche avec ces intermédiaires, est amadoué par eux, et, au moment de signer le bon de commission, ils le prient d'apposer deux fois sa signature sur la même feuille, lui faisant entendre que cela n'a aucune importance. Et le trop confiant vendeur se trouve ainsi avoir signé à la fois un bon de commission régulier dont l'intermédiaire n'aura même pas souvent l'intention de se servir, et un effet à ordre en bonne forme qui sera facilement détaché du bon de commission, grâce à la ligne pointillée, et qui devra être payé à l'échéance par son signataire, sans que l'intermédiaire ait à justifier d'aucune démarche faite ou d'aucun concours utile de sa part à la vente du fonds de commerce.

184. Il est aisé de démontrer la fraude et la mauvaise foi dans ces diverses manœuvres employées par une certaine classe d'intermédiaires véreux. Presque toujours les différentes rédactions insidieuses de bons de commission que nous avons rapportées, ou la manœuvre qui consiste à obtenir deux signatures échapperont aux commerçants, dont la bonne foi frise souvent la naïveté, qui ont recours aux offices des intermédiaires pour vendre leurs fonds de commerce. Et pourtant, dans la presque totalité des cas que veut le vendeur du fonds qui promet une rémunération à l'intermédiaire ; il entend bien évidemment n'être obligé à payer à celui-ci la somme d'argent stipulée que si c'est par le fait de l'intermédiaire, grâce à son concours et à ses démarches qu'il est parvenu à se débarrasser de son fonds. Ce n'est assurément pas en échange d'une vague

publicité, la plupart du temps inutile et, qu'en tout cas, il eût pu faire lui-même à bien meilleur compte que le vendeur du fonds promet un salaire assez important à l'intermédiaire. Et cela est si vrai qu'il arrive fréquemment qu'un vendeur de fonds de commerce s'adresse à plusieurs intermédiaires à la fois et qu'il souscrit à chacun un bon de commission de 5 p. 0/0 ou d'un chiffre à forfait assez élevé qui représente dans sa pensée le salaire qu'il devra payer à celui-là seul de ces intermédiaires qui lui aura fait vendre son fonds. Or, dans ce cas, quand la vente du fonds a eu lieu, parfois les autres intermédiaires porteurs de bons de commission, se présentent pour en toucher le montant, au prétexte qu'il leur a été promis une certaine somme s'ils indiquaient le fonds à vendre et qu'effectivement ils l'ont « donné ⁽¹⁾ » à l'acquéreur. C'est bien là le contraire de ce, à quoi avait entendu s'engager le vendeur signataire de nombreux bons de commission.

185. Si donc des intermédiaires malhonnêtes, par les manœuvres que nous venons de démasquer ou par d'autres analogues, sont parvenus à faire signifier au contrat par lequel ils ont lié le vendeur trop crédule, autre chose que ce que celui-ci a voulu rationnellement dire, c'est parce qu'ils ont surpris sa bonne foi. Et ils ont trompé le vendeur du fonds de commerce de façon telle que son consentement au point de vue juridique n'est pas valable et

(1) L'expression « donner un fonds » est consacrée par l'usage, à Paris, tout au moins, et signifie en la matière que l'intermédiaire, marchand de fonds, signale que tel fonds de commerce est mis en vente à un acquéreur en quête de fonds à acheter.

que le contrat tout entier, par conséquent, peut être annulé par les tribunaux comme entaché d'erreur, de dol ou de fraude.

186. Les juges, à notre avis, devraient se montrer très sévères à l'encontre de tels intermédiaires et non seulement ne pas leur allouer les sommes souvent élevées qu'ils se sont fait promettre par fraude pour des démarches ou une publicité illusoires, mais encore ne pas leur accorder le remboursement des sommes qu'ils justifient avoir employées en publicité, quand les sommes qu'ils se sont fait promettre ne sont pas exactement l'équivalent de celles qu'ils ont dépensées. C'est ainsi par exemple que dans le cas du dernier bon de commission que nous avons rapporté nous n'accorderions aucune rétribution à l'intermédiaire qui s'est assuré 60 francs pour une insertion aux « Petites Affiches » qui, en réalité, peut valoir de 10 à 15 francs. De cette façon les tribunaux, usant du droit que la loi leur confère, non seulement réprimeraient une fraude qui va chaque jour croissant, mais encourageraient les intermédiaires honnêtes, dont le rôle nous l'avons dit, est très utile au commerce, et qui souffrent, et de la concurrence éhontée que leur font les intermédiaires véreux et surtout de la réputation détestable que ceux-ci leur valent.

187. En fait la jurisprudence est divisée sur la question. On trouve des décisions de cours et de tribunaux, qui sont peut-être les plus nombreuses, disposant que l'intermédiaire n'a droit à aucune rémunération s'il ne justifie de démarches ayant abouti à la vente du fonds de com-

merce. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il n'est rien dû à l'intermédiaire s'il s'est borné simplement à faire des annonces banales⁽¹⁾ ou à indiquer à l'acquéreur le fonds à vendre⁽²⁾. Toutefois, on trouve des jugements et des arrêts conçus dans un esprit beaucoup plus favorable à l'intermédiaire. La Cour de Paris, dans un arrêt du 19 janvier 1862 a décidé que l'agent d'affaires a tout au moins droit à une indemnité s'il a fourni quelques renseignements dont les vendeurs ont pu profiter⁽³⁾, et dans un autre arrêt du 8 mars 1882, que le tiers qui, dans une vente de fonds de commerce a donné l'indication du fonds à vendre, a droit à une rémunération alors même que la vente s'est opérée en dehors de toute autre coopération de sa part⁽⁴⁾. Le tribunal de commerce de la Seine, ne tenant compte que de la forme même du billet qui lui est présenté, condamne les signataires des effets de commerce dont nous avons parlé plus haut, à les payer à l'échéance, sans vouloir se préoccuper si la bonne foi du vendeur du fonds a été surprise lors de la signature du billet, et sans rechercher si l'effet causé fictivement « valeur en publicité » ou « valeur en règlement de compte » a été frauduleusement détaché d'un bon de commission régulier.

188. Pour nous, nous le répétons pour conclure, sans doute nous accorderions une rémunération à l'intermédiaire qui a pris soin de la vente du fonds de commerce,

(1) Trib. comm. Seine, 12 nov. 1857 (*J. C.*, 57, n° 2317).

(2) Trib. comm. Seine, 16 févr. 1885 (*J. C.*, 85, n° 10812).

(3) Paris, 19 juin 1862 (*J. C.*, 62, n° 3986).

(4) Paris, 9 mars 1882 (*J. C.*, 82, n° 10125).

alors même qu'il s'en fût occupé sans succès, car toute peine mérite salaire, à la double condition toutefois, et qu'il n'ait pas été convenu expressément ou tacitement entre l'intermédiaire et le vendeur du fonds de commerce qu'aucune rétribution ne serait due au premier au cas où la vente du fonds ne serait pas son fait, et surtout que l'intermédiaire n'ait employé aucune manœuvre frauduleuse pour surprendre la bonne foi du vendeur et se faire promettre une somme que celui-ci n'aurait jamais promise s'il n'avait été trompé.

SECTION IV

SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE.

189. Si nous reconnaissons aux tribunaux le droit de restreindre le salaire de l'intermédiaire lorsque celui-ci a surpris la bonne foi de son commettant par des manœuvres dolosives, si même nous croyons qu'il est du devoir des magistrats de se montrer rigoureux à l'encontre de telles manœuvres, en revanche, nous pensons que lorsque dans une vente de fonds de commerce sont intervenues entre l'intermédiaire et le vendeur du fonds des conventions licites sciemment et librement consenties, ces conventions doivent être respectées par les tribunaux qui doivent en prescrire l'exécution de part et d'autre. Cette question de la force obligatoire des conventions stipulées entre l'intermédiaire, marchand de fonds et le vendeur,

nous oblige à étudier de façon plus générale la question du mandat salarié, au point de vue précisément du paiement du salaire, et à exposer la théorie de la jurisprudence à ce sujet.

190. Sans doute, il est admis sans discussion que, si à l'occasion d'un mandat, il a été convenu d'un salaire, sans que la quotité de ce salaire ait été déterminée, les tribunaux peuvent en fixer le chiffre en tenant compte de la nature et des circonstances de l'affaire et des soins qu'elle a exigés du mandataire ⁽¹⁾. Mais quand non seulement le principe du salaire a été admis entre les parties, mais encore que celles-ci ont arrêté le montant exact de ce salaire, on discute pour savoir si ce salaire convenu lie les juges qui ne peuvent que le faire respecter, ou s'ils peuvent le réduire par ce motif seul qu'il est excessif, car il reste bien entendu qu'aucune difficulté ne s'élève au sujet de l'exécution du mandat.

191. Les commentateurs du Code civil, interprétant l'article 1999 se sont posé la question de savoir si le juge pouvait réduire le salaire promis dans le mandat, sous le prétexte seulement qu'il n'était pas proportionné au service rendu par le mandataire. Les plus autorisés d'entre eux, tels que Demolombe ⁽²⁾, Aubry et Rau et Laurent se fondent sur les dispositions de l'article 1134, C. civ., aux termes duquel « les conventions légalement formées « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », pour

(1) V. Cass., 8 janv. 1890 (S. 90. 1. 516).

(2) V. *Revue de législation*, 1846, t. II, p. 445.

contester aux juges la faculté de modifier les conventions des parties, même en matière de mandat salarié. MM. Aubry et Rau s'expriment excellemment lorsqu'ils disent :
« Mais on ne saurait leur (aux tribunaux) reconnaître le
« pouvoir de réduire le salaire promis sous le seul
« prétexte qu'il est excessif. Il en est ainsi, en principe,
« même pour le mandat conféré à un agent d'affaires, à
« supposer, d'ailleurs, que le salaire ait été consenti en
« pleine liberté et connaissance de cause et qu'il n'y ait
« à reprocher au mandataire, ni réticence coupable, ni
« manœuvre dolosive à un degré quelconque ⁽¹⁾ ». Et M. Laurent présente, en ce sens, un argument d'une très grande force. Si l'en reconnaît au juge, dit-il, en substance, la faculté de réduire un salaire promis qui lui paraît excessif, il faut aussi lui octroyer le droit d'augmenter le salaire qu'il estime insuffisant et alors, les conventions des parties disparaissent et c'est comme s'il n'en avait pas été faite ⁽²⁾.

192. M. Guillouard, il est vrai, dans son *Traité du mandat*, combat l'argumentation des auteurs que nous venons de citer. Mais les raisons qu'il fournit contre leur théorie nous paraissent bien faibles et nous tâcherons de les réfuter plus loin ⁽³⁾.

193. Ces raisons d'ailleurs, ne sont autres que celles adoptées généralement en jurisprudence pour soutenir une

(1) V. Aubry et Rau, t. V, § 414, texte et note 9, p. 649.

(2) V. Laurent, XXVII, n° 347 et XXVIII, n° 23.

(3) V. encore en ce sens : Troplong : *Du mandat*, n° 632, et Pont : *Des petits contrats*, t. I, n° 1109.

opinion contraire à celle de MM. Demolombe, Aubry et Rau et Laurent. Nous devons reconnaître en effet, que la très grande majorité des décisions de jurisprudence fait prévaloir un système opposé à celui de ces auteurs sur la question du mandat salarié. De très nombreux arrêts de cours et jugements de tribunaux reconnaissent aux juges le droit de réduire à la juste rémunération du service rendu le salaire même librement consenti à un mandataire ⁽¹⁾, et en particulier à un agent d'affaires ⁽²⁾. Certaines de ces décisions se rapportent même plus spécialement au cas, qui nous occupe ici, de la rémunération de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce ⁽³⁾.

194. Qu'il s'agisse donc d'un mandataire ordinaire, civil ou commercial, d'un agent d'affaires proprement dit ou d'un intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, la jurisprudence en général, ou tout au moins le

(1) Cass., 7 févr. et 18 avr. 1855 (S. 55. 1. 730). — Cass., 12 janv. 1863 (D. 63. 1. 303). — Paris, 7 févr. 1870 (S. 70. 2. 53). — Cass., 28 févr. 1877 (S. 77. 1. 467). — Cass., 13 mai 1884 (S. 85. 1. 345). — Cass. Belgique, 28 nov. 1889 (S. 90. 4. 4). — Cass., 24 févr. 1891 (D. 91. 5. 337) — Montpellier, 6 févr. 1893 (S. 94. 2. 288) — Trib. civ. Seine, 4 nov. 1897 (*Le Droit*, 16 déc. 1897).

(2) V. en ce sens : Comm. Seine, 19 et 23 juill. 1860 (*J. C.*, t. IX, p. 402); 22 août 1865 (*J. C.*, t. XV, p. 299); 10 févr. 1886 (*J. C.*, t. XXXVI, p. 147). — Paris, 17 août 1858 (*J. C.*, t. VIII, p. 35); 15 janv. 1866 (*J. C.*, t. XV, p. 299); 1, 9 et 26 juin 1869 (*J. C.*, t. XIX, p. 239); 7 févr. 1870 (*J. C.*, t. XX, p. 39); 7 août 1874 (*J. C.*, t. XXIV, p. 306); 31 janv. 1876 (*J. C.*, t. XXV, p. 418). — Trib. civ. de Lille, 23 mars 1894 (*Gaz. Pal.*, 1895, t. II, *Suppl.* 4). — Comm. Marseille, 18 févr. 1897 (*J. C.*, 97, p. 865).

(3) V. en ce sens : Comm. Seine, 5 oct. 1886 (*J. C.*, 88, p. 87). — Paris, 3 nov. 1887 (*J. C.*, 88, p. 369).

plus grand nombre de ses décisions admet dans ces différentes hypothèses, que le salaire convenu entre les parties puisse être réduit par les tribunaux, par cela seul qu'il est jugé excessif par ceux-ci. Les attendus et les considérants qui précèdent et motivent de pareils jugements et arrêts visent presque tous le caractère de gratuité du mandat. De ce que le mandat était essentiellement gratuit au début, les magistrats, même de nos jours, concluent que le salaire qui y est stipulé ne peut être exagéré et ne doit pas dépasser les bornes d'une rémunération modérée. M. Guillouard qui soutient cette théorie, et cherche ainsi à expliquer le système de la jurisprudence, prétend repousser l'argument tiré du principe de la liberté des conventions et la règle de l'article 1134, en disant : « Sans doute, en thèse « générale, les parties sont libres d'arrêter comme elles le « veulent leurs conventions, et l'accord de leurs volontés « forment leur loi que les tribunaux doivent sanctionner. « Mais, dans l'usage de cette liberté qui leur est donnée, « les parties doivent respecter les règles essentielles du « contrat qu'elles font, le caractère d'irrévocabilité dans la « donation, les garanties du vendeur dans la vente d'im- « meubles, l'obligation de garantie dans le louage, etc., et « dans le mandat le caractère essentiel de *gratuité relative* « maintenue par les rédacteurs du code ⁽¹⁾ ». Il cite, pour fortifier son dire l'opinion du tribun Tarrible : « Le mandat « ne présente aucun bénéfice réel, ni à l'un, ni à l'autre « des contractants Une récompense donnée ou

(1) V. Guillouard, *Du mandat*, n° 106.

« promise n'est jamais réputée dans ce contrat qu'une indemnité : elle n'est point un bénéfice ». Et enfin, faisant intervenir l'intérêt qu'il peut y avoir pour la société à défendre les parties contre les engagements imprudents que peuvent leur faire prendre des mandataires salariés, M. Guillouard rapporte un passage d'un arrêt de la Cour de cassation, du 18 avril 1855, où il est question de certains mandataires, « qui peuvent facilement surprendre le consentement de personnes peu éclairées ou entièrement étrangères aux affaires, et leur faire souscrire des engagements rémunératoires dont elles ne peuvent apprécier la portée et les conséquences ⁽¹⁾ ».

195. Toutes ces raisons et tous ces arguments ne nous touchent guère, car ils sont trop de sentiment et pas assez de science juridique. Nous avons vu, en effet, dans un précédent paragraphe, intitulé du mandat gratuit et du mandat salarié ⁽²⁾, que non seulement le mandat organisé par le Code civil n'est plus le même que l'ancien mandat romain, mais qu'encore l'introduction du salaire dans le mandat moderne en avait transformé complètement le caractère essentiel, et d'un contrat unilatéral en avait fait un contrat synallagmatique parfait. On ne saurait donc plus, selon nous, esquiver l'application de l'article 1134, C. civ. au prétexte, qui nous semble puéril, que les parties dans leurs conventions privées ne peuvent aller contre le caractère essentiel de *gratuité relative* du mandat. Quant à l'argument tiré par M. Guillouard, conformément

(1) Cass., 18 avr. 1855 (S. 55. 1. 293).

(2) V. pages 123 à 128.

d'ailleurs à l'arrêt de la Cour de cassation du 18 avril 1855, de l'intérêt général de la société, nous le réfuterons par ces quelques lignes de M. Laurent qui résument bien, à notre sens, les idées de la vraie doctrine juridique : « Le
« législateur laisse aux parties le soin de veiller à leurs
« intérêts et généralement elles le font avec plus d'exac-
« titude et d'intelligence que ne le ferait le juge; que si les
« parties se trompent, elles doivent s'en prendre à leur
« négligence; la loi ne vient pas au secours de ceux qui
« négligent leurs intérêts. Ces principes reçoivent leur
« application au salaire conventionnel : la convention fait
« la loi des parties, quelque excessif que paraisse le sa-
« laire, les parties l'ont voulu ainsi. Cela est décisif ».

196. Ainsi donc, nous nous rangeons ouvertement du côté des auteurs contre l'opinion de la jurisprudence, pensant qu'alors même que les meilleures raisons ne seraient pas invoquées par les premiers, la compagnie de commentateurs du code aussi éminents que MM. Demolombe, Aubry et Rau et Laurent, pour ne citer que les principaux, serait très estimable pour nous ⁽¹⁾.

197. Au reste la théorie que nous adoptons après ces auteurs n'est pas non plus universellement répudiée par la jurisprudence. On trouve en effet des décisions de cours et de tribunaux qui, plus indépendantes de certains préjugés, et surtout plus imbuës des principes qui doivent régir le mandat moderne, soutiennent que si la convention d'un salaire a été librement faite dans ce contrat, qui lui-

(1) V. encore dans ce sens, G. Lèbre, n° 182.

même a été fidèlement exécuté, les juges ne peuvent que sanctionner cette convention. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris décide que le mandant ne saurait se dispenser de payer au mandataire le montant de la commission promise, sous prétexte que cette commission est en complète disproportion avec le service rendu, les conventions librement consenties tenant lieu de loi entre les parties (art. 1134 et 1999, C. civ.) ⁽¹⁾. Deux autres arrêts moins catégoriques que celui-là, des cours de Rouen et de Montpellier ont soutenu, l'un que le salaire convenu ne pouvait être réduit, quand à l'expiration du mandat le salaire a été, après vérification du compte de gestion et en pleine connaissance de cause librement arrêté par le mandant qui, en l'acquit de sa dette a souscrit des traites, payé des acomptes et s'est reconnu débiteur du reliquat, l'autre que le salaire convenu ne pouvait être réduit quand il n'a été fixé entre le mandant et le mandataire qu'après l'exécution du mandat et que le mandant s'est engagé en pleine connaissance de cause après avoir pu apprécier les services, les soins et démarches de l'intermédiaire et le résultat obtenu ⁽²⁾. Et plus spécialement au sujet de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce un arrêt de la 5^e chambre de la Cour de Paris, en date du 31 décembre 1890 a décidé que la commission souscrite librement par un négociant au profit de l'agent d'affaires chargé de négocier la vente de son fonds de commerce est due en totalité et n'est

(1) Paris, 13 déc. 1894 (D. 94. 2. 445).

(2) Rouen, 12 déc. 1881 (S. 82. 2. 227). — Montpellier, 6 févr. 1893 (S. 94. 2. 208), la note et les renvois.

pas susceptible d'être réduite par les tribunaux dès qu'il est établi que l'intermédiaire a satisfait à tous ses engagements en déterminant l'acquéreur à entrer en rapport avec le vendeur, alors même que les dernières formalités de la vente auraient été accomplies en dehors de lui ⁽¹⁾.

SECTION V

DIFFÉRENTS CAS OU LA RÉTRIBUTION DE L'INTERMÉDIAIRE PEUT
NE PAS LUI ÊTRE DUE EN TOTALITÉ OU EN PARTIE.

198. Quand dans les sections qui précèdent nous avons admis qu'un salaire était dû à l'intermédiaire qui s'est entremis dans une vente de fonds de commerce, nous avons supposé que l'intermédiaire, de son côté, avait fidèlement exécuté le mandat qui lui avait été confié. Or il peut arriver que le mandat dont on avait chargé l'intermédiaire, marchand de fonds, n'ait pas été rempli par celui-ci ou tout au moins qu'il ait été mal exécuté par lui, ou qu'il n'ait pas abouti. Il est intéressant de se demander

(1) Paris, 31 déc. 1890 (*Pand. franç.*, 91. 2. 195). — V. en ce sens : Paris, 17 avr. 1885 (S. 87. 2. 147). — Trib. Seine, 24 janv. 1889 (*Pand. franç.*, 89. 2. 177). — Toutefois, l'agent d'affaires n'a droit à l'intégralité du salaire qui lui a été promis que si son intervention a été utile et tel était le cas dans notre espèce. — V. Cass., 1^{er} juill. 1856 (D. 56. 1. 464). — Paris, 11 févr. 1881 (*La Loi*, du 19 oct. 1881). — Trib. comm. Seine, 16 févr. 1885 (*J. C.*, 85, p. 527) ; 10 févr. 1886 (*J. C.*, 86, p. 5). — Trib. comm. Havre, 7 juin 1886 (*Rec. du Havre*, 86. 1. 132). — Trib. Seine, 19 juin 1889 (*Pand. franç.*, 89. 2. 177 (2^e espèce). — 31 juill. 1889 (*Pand. franç.*, 90. 2. 30). V. surtout : Rivièrè, v^o *Agent d'affaires*.

alors quel sera le sort de la rétribution stipulée, dans l'une et l'autre de ces hypothèses.

199. Pour savoir si le mandat confié à un intermédiaire dans une vente de fonds de commerce a été mal rempli ou ne l'a pas été du tout il faut revenir sur la distinction que nous avons faite au sujet des conventions tacites et des conventions expresses entre l'intermédiaire, marchand de fonds, et son commettant. Ces conventions en effet, nous les avons envisagées seulement relativement à la quotité du salaire dû à l'intermédiaire, et nous devons les considérer maintenant relativement à l'étendue du mandat de celui-ci qu'elles peuvent ou non avoir prévue.

200. Au cas où il sera intervenu entre le vendeur du fonds de commerce et l'intermédiaire des conventions expresses, ces conventions, peu importe qu'elles affectent ou non la forme de bons de commission, auront presque toujours déterminé de façon précise quelles sont les obligations de l'intermédiaire, ce à quoi il s'est engagé, quelle est l'étendue de son mandat et la façon dont il a dû le remplir pour avoir droit au salaire convenu. En cette occurrence, le rôle des juges est seulement de vérifier en fait si ce qui avait été convenu entre les parties et spécialement ce qui avait été promis par l'intermédiaire a été tenu, avant de contraindre celui qui a promis le salaire à le payer.

201. Mais au cas où entre le vendeur d'un fonds de commerce et l'intermédiaire ne seront intervenues que des conventions tacites ou même expresses mais incom-

plètes sur l'étendue du mandat de l'intermédiaire, le rôle de celui-ci est loin d'être rigoureusement déterminé et les obligations qu'il doit remplir pour l'entier accomplissement de son mandat ne sont pas jugées les mêmes partout et par tous.

202. D'aucuns, ne faisant pas la distinction que nous avons faite nous-même entre les deux parties du rôle de l'intermédiaire, ne voient dans celui-ci qu'un mandataire dont le mandat unique commence à la recherche d'un acquéreur, et finit seulement après le paiement du prix de vente du fonds de commerce. En conséquence, ils ne donnent droit à l'intermédiaire de réclamer son salaire que quand il justifie avoir accompli son mandat jusqu'au bout, c'est-à-dire quand il établit que non seulement il a procuré un acquéreur au vendeur, mais encore qu'il a présidé aux actes de vente et au paiement régulier du prix.

203. Quant à nous, nous avons nettement distingué deux parties dans le rôle joué par l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce : une première qui consiste à rechercher un acquéreur et à le mettre en rapport avec le vendeur, et une seconde qui comprend la rédaction des actes de vente et de cession de bail, les publications d'usage, la réception des oppositions et la répartition du prix de vente s'il y a lieu. A notre avis, on le sait, la partie la plus importante du rôle de l'intermédiaire, celle-là même qui lui donne sa raison d'être, et explique l'intervention des marchands de fonds, c'est la première. La seconde, au contraire, pourrait être tenue par n'importe

qui, par le vendeur ou l'acquéreur lui-même, ou par un tiers quelconque. Et ce qui prouve bien la différence qui existe entre ces deux parties, c'est que, comme nous l'avons dit, en théorie la qualité juridique de l'intermédiaire ne reste pas la même, puisque locateur d'ouvrage au début, il devient ensuite mandataire au sens vrai du mot. Que si l'on veut, avec la jurisprudence, ne voir dans l'intermédiaire qu'un mandataire il faut se rappeler alors, qu'en tous cas, dans la seconde partie de son rôle il n'est plus le mandataire du vendeur, mais bien celui de l'acquéreur⁽¹⁾. Enfin, il est si vrai que ces deux phases de l'intervention de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce sont distinctes que dans la pratique au cas de conventions expresses, souvent l'intermédiaire se fait promettre deux salaires différents : l'un pour procurer un acquéreur au vendeur, l'autre pour rédiger les actes, faire la publication, recevoir les oppositions et procéder à la répartition du prix⁽²⁾.

204. Ainsi donc, à moins de conventions formelles à cet égard, l'intermédiaire peut être considéré comme ayant rempli son mandat dans une vente de fonds de commerce lorsqu'il a procuré un acquéreur au vendeur. En conséquence, le salaire promis tacitement ou expressément à l'intermédiaire pour son intervention dans la vente lui est dû dès qu'il a rapproché vendeur et acquéreur et qu'il prouve que c'est grâce à lui que ce rapprochement a eu lieu.

(1) V. à ce sujet, p. 105-108.

(2) V. ce que nous avons dit au sujet des bons de commission.

205. Au reste on trouve des décisions de jurisprudence en ce sens, et un arrêt de la Cour de Paris, que nous avons déjà rapporté, décide que l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce a droit au salaire promis dès qu'il est établi qu'il a satisfait à tous ses engagements en déterminant l'acquéreur à entrer en rapport avec le vendeur, alors même que les dernières formalités de la vente auraient été accomplies en dehors de lui ⁽¹⁾.

206. Que si au contraire, l'intermédiaire n'a pas rempli son mandat, ou même s'il ne prouve l'avoir rempli, soit conformément aux conventions expresses intervenues entre le vendeur et lui, soit conformément aux conventions tacites, interprétées ainsi que nous venons de le dire, il est aussi rationnel que juridique qu'il n'ait droit à aucun salaire. Le contrat qui le lie au vendeur du fonds, en effet, est, nous l'avons admis nous-même pour nous ranger à l'opinion de la jurisprudence, un mandat salarié, par conséquent, un contrat synallagmatique parfait à la suite duquel l'une des parties contractantes ne peut exiger l'exécution de l'obligation de l'autre qu'autant qu'elle-même établit qu'elle a tenu son engagement.

207. Mais il se peut faire que le mandat confié à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, n'ait été rempli par lui qu'en partie, ou plutôt n'ait pas abouti, soit par son fait, soit par le fait du vendeur ou d'un tiers.

(1) Paris, 31 déc. 1890 (*Pand. franç.*, 91. 2. 195). V. en ce sens : Trib. civ. Seine, 28 juin 1895 (*Gaz. Pal.*, 95 (2) 182). — Paris, 17 avr. 1885 (*J. C.*, 85, n° 10910). Comp. : Paris, 5 déc. 1871 (*J. C.*, 71, n° 7233).

Il est intéressant de rechercher dans ce cas quel sera le sort du salaire qui avait été stipulé expressément ou tacitement au profit de l'intermédiaire.

208. Après ce que nous avons dit il n'est pas discutable que le mandat donné à l'intermédiaire, marchand de fonds, était de rechercher un acquéreur pour le compte du vendeur. Or, ce mandat peut avoir été exécuté, ou tout au moins avoir reçu un commencement d'exécution, alors même que la vente du fonds de commerce n'ait pas eu lieu ou bien qu'elle ait été faite mais sans l'intervention de l'intermédiaire.

En effet, celui-ci a peut être pris certains soins de l'affaire, annoncé par la voie de la presse la mise en vente du fonds de commerce, fait des démarches pour rechercher un acquéreur et le mettre en relation avec le vendeur, il peut en outre, parfois, justifier de certains déboursés, et tout cela bien que la vente du fonds ne soit pas son fait et qu'il y ait été étranger. Devra-t-on dans cette hypothèse accorder à l'intermédiaire tout le salaire promis ou seulement une partie de ce salaire ou bien encore ne lui octroyer aucune rémunération ?

209. Il est d'abord évident que si les parties ont entendu subordonner l'exigibilité de la commission à la réussite de l'affaire, c'est-à-dire à la réalisation de la vente par les soins de l'intermédiaire, ce dernier n'a le droit de réclamer un salaire qu'autant qu'il a été lui-même la cause effective de la vente du fonds de commerce ⁽¹⁾. Mais il peut

(1) Cass. Req., 15 déc. 1856 (S. 57. 1. 170).

arriver que vendeur et intermédiaire aient omis dans leur contrat exprès ou tacite de subordonner le paiement du salaire promis ou bien simplement à la vente du fonds de commerce ou bien à la vente de ce fonds par l'entremise de l'intermédiaire. Pour savoir si dans cette hypothèse l'intermédiaire a droit à un salaire il est utile de rappeler les principes du mandat salarié d'après lesquels le mandant est tenu de payer au mandataire le salaire qu'il lui a promis ou qui peut lui être dû indépendamment de toute promesse expresse, lors même que l'affaire dont le mandataire a été chargé, n'a pas réussi, à moins toutefois qu'il n'y ait eu faute de la part de ce dernier. Ainsi donc, nous pensons que l'intermédiaire qui est intervenu dans une vente de fonds de commerce et prouve qu'il a exécuté, en partie tout au moins, le mandat qui lui avait été confié a droit, en l'absence de conventions formelles, à un salaire, alors même que cette exécution incomplète du mandat n'a pas abouti à la vente du fonds. Mais a-t-il droit à l'entier salaire stipulé ?

210. Nous avons admis, on le sait, qu'au cas d'exécution complète de son mandat par l'intermédiaire, celui-ci devait recevoir intégralement la rémunération qui lui avait été promise, et nous avons dénié aux tribunaux le droit de réduire cette rémunération au seul prétexte qu'elle était exagérée. Mais l'hypothèse que nous envisageons ici n'est pas la même : d'abord les conventions intervenues entre le vendeur du fonds de commerce et l'intermédiaire sont loin d'être précises, puisque les parties ont omis de subordonner le paiement du salaire promis à la

réalisation de la vente, ensuite on peut soutenir que le mandat confié à l'intermédiaire n'a pas reçu sa complète exécution et que par conséquent l'une des parties ne peut arguer de l'accomplissement de toute son obligation pour contraindre l'autre partie à exécuter toute la sienne. Aussi, sans crainte de nous contredire, nous rangeons-nous à l'opinion des auteurs qui, avec MM. Aubry et Rau enseignent « que les tribunaux sont autorisés à réduire le salaire stipulé lorsque par suite de circonstances ultérieures et notamment d'une transaction conclue par le mandant sans le concours du mandataire, les démarches et les soins de ce dernier se sont trouvés amoindris » (1). En conséquence, si l'intermédiaire qui n'a pas été la cause effective de la vente du fonds de commerce n'a pas le droit d'exiger l'entier salaire promis, il peut cependant se faire indemniser des soins, démarches ou déboursés qu'il justifie avoir donnés ou faits en vue de cette vente.

211. Cette théorie, d'ailleurs, est celle adoptée par la plupart des décisions de jurisprudence qui sont nombreuses et intéressantes au sujet de ce qu'il faut entendre par soins et démarches, valant salaire, de la part d'un intermédiaire dans la vente d'un fonds de commerce. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine, en date du 14 décembre 1860 pose, par argument *à contrario*, le principe qui autorise l'intermédiaire à se faire indemniser de ses démarches ou déboursés, alors même que la vente du

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 414, p. 649.

fonds n'est pas son fait ⁽¹⁾. Mais sur la nature et l'étendue de ces démarches les tribunaux sont loin de s'entendre. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il n'est rien dû à l'intermédiaire s'il s'est borné simplement à faire des annonces banales ⁽²⁾ ou à indiquer à l'acquéreur le fonds à vendre ⁽³⁾. Par contre deux arrêts de la Cour de Paris décident, l'un que l'agent d'affaires a tout au moins droit à une indemnité s'il a fourni quelques renseignements dont les vendeurs ont pu profiter ⁽⁴⁾, et l'autre que l'agent d'affaires qui s'est borné à indiquer le fonds à vendre a droit à une rémunération pour le service rendu ⁽⁵⁾.

212. Quant à nous, sans vouloir entrer dans les plus petits détails et prévoir les multiples questions d'espèces qui peuvent se présenter dans la pratique, nous préférons établir en principe que les tribunaux ont la faculté d'apprécier s'il y a eu réellement un service rendu par l'intermédiaire et d'arbitrer le salaire dû à celui-ci proportionnellement à la peine prise par lui et à l'avantage qui a pu

(1) « Le tribunal : Attendu qu'il résulte des débats que s'il est vrai que « les défendeurs aient promis à Planche une commission déterminée, dans « le cas où celui-ci arriverait à leur faire vendre leur fonds de commerce, « Planche ne justifie nullement qu'il ait présenté l'acquéreur auquel les « défendeurs ont vendu. — Que les conditions ont été arrêtées hors de la « présence de Planche *qui ne justifie d'aucune démarche ou déboursé pouvant donner lieu à une indemnité.* — D'où résulte qu'il y a lieu de le débouter de sa demande » (*J. C.*, 1860, n° 3437). — V. G. Lèbre, p. 228 et la note 2.

(2) Comm. Seine, 12 nov. 1857 (*J. C.*, 57, n° 2317).

(3) Comm. Seine, 16 févr. 1885 (*J. C.*, 85, n° 10812).

(4) Paris, 19 juin 1862 (*J. C.*, n° 3986).

(5) Paris, 8 mars 1882 (*Gaz. Pal.*, 82. 2. 470).

en résulter pour le mandant, c'est-à-dire pour le vendeur du fonds de commerce ⁽¹⁾ et cela, alors même que les parties auraient convenu d'un salaire ferme sans toutefois préciser les démarches qu'aurait à faire l'intermédiaire pour avoir droit à ce salaire ⁽²⁾.

(1) Comp. : Trib. civ. Seine, 20 juill. 1897 (*La Loi*, 28 sept. 1897) — et 4 nov. 1897 (*Le Droit*, 16 déc. 1897). — Trib. comm. Marseille, 18 févr. 1897 (*J. C.*, 97, n° 13957).

(2) Cass. civ., 13 mai 1884 (S. 85. 1. 345) et la note. — Sur le point de savoir si la seule indication du fonds à vendre faite à l'acquéreur par l'intermédiaire donne à celui-ci le droit de réclamer la commission promise, alors que la vente a lieu sur une autre indication. M. Lèbre, dans son livre, dit qu'il existe trois opinions : « Dans un premier système, dit-il, il ne le peut. Et l'on exige, pour qu'il y ait droit, que la-vente soit « réellement due à ses bons soins et à son intervention active (Comm. « Seine, 15 févr. 1853, *J. C.*, 2. 163). D'après un second « système, la preuve que l'intermédiaire a fourni l'indication du fonds « suffit pour que la rémunération lui soit due. . . . En effet, dit-on, « le rôle des intermédiaires n'est pas de prendre une part directe aux négociations, mais simplement de fournir l'indication des fonds à vendre « avec quelques renseignements sommaires ; ce qui le prouve bien, c'est « que pour la publicité ils demandent le paiement des frais au vendeur « et que suivant un usage constant ils exigent de l'acquéreur des honoraires spéciaux pour la rédaction des actes. (Enfin, d'après « le troisième système) : La simple indication du fonds donne droit à « une commission, mais réduite et proportionnée au service rendu. » (G. Lèbre, *Traité des fonds de commerce*, n° 181). — M. Lèbre qui, sans le dire toutefois, semble se ranger à l'opinion du second système et critique le troisième système au prétexte que le vendeur ayant promis le salaire pour le cas où l'intermédiaire donnerait une indication et rien de plus, la volonté des parties est formelle et doit être respectée. Nous ne reviendrons pas ici sur ce que nous avons déjà dit sur l'exécution de la part du vendeur du contrat qu'il a conclu avec l'intermédiaire lorsque ce dernier a accompli toute son obligation, mais, nous en tenant à la distinction que nous venons de faire pour le cas où le mandat confié à l'intermédiaire n'a pas abouti, nous préférons, sur la question envisagée par M. Lèbre, nous ranger à l'opinion du troisième système.

213. Bien que le principe que nous venons d'émettre puisse servir à résoudre de façon générale les difficultés relatives à la commission due à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, quand l'accomplissement complet de son mandat est discutable ou bien son résultat négatif, nous devons toutefois envisager certains cas particuliers plus fréquents.

214. Souvent, il arrive dans une vente de fonds de commerce que vendeur et acquéreur avant de conclure définitivement le contrat de vente conviennent que celle des deux parties qui reprendra sa parole et ne tiendra pas sa promesse soit d'acheter, soit de vendre le fonds devra payer à l'autre une somme déterminée à titre de dédommagement. Cette convention s'appelle un « dédit ». Elle est d'un usage assez fréquent à Paris, surtout dans le petit commerce, parce qu'elle permet aux parties contractantes de conserver une demi-liberté jusqu'à la vente définitive. Mais quand le dédit est payé, c'est-à-dire quand le vendeur ou l'acquéreur, usant de la faculté qu'il s'est réservée de se dégager moyennant le paiement d'une certaine somme, paie la somme promise et qu'ainsi la vente du fonds n'a pas lieu, quel est le sort de la rémunération due à l'intermédiaire? Il est incontestable que la vente n'est parfaite que lors de la signature de l'acte de vente et non lors de la signature de l'acte de dédit, sorte de prodrome de la vente. Par conséquent, l'intermédiaire qui s'est fait promettre par le vendeur un salaire pour le cas seulement où la vente aurait lieu ne peut soutenir qu'il a droit à ce salaire lorsque l'une des deux parties payant le dédit la vente ne se réalise pas; à moins

qu'il ne prouve bien entendu, que la non réalisation de la vente provient d'un fait ou d'une faute reprochable au vendeur. Mais si, à défaut de précision dans le mandat à lui donné, l'intermédiaire prétend qu'il l'a rempli tout entier au moment de la signature du dédit, ou si seulement il réclame à ce moment la rémunération de ses peines, nous retombons alors dans l'hypothèse prévue et résolue plus haut avec cette nuance que l'importance du dédit devra servir aux juges pour arbitrer le salaire dû à l'intermédiaire. En effet, si c'est le vendeur qui paie le dédit pour une raison de convenance personnelle qu'on ne saurait lui imputer à faute, la commission due à l'intermédiaire ne sera autre que celle qui lui aurait été due en l'absence de dédit pour le cas où la vente n'a pas lieu, et qui consiste seulement à le dédommager de ses soins et déboursés, n'ayant rendu aucun service. Mais si, au contraire, c'est le futur acquéreur qui paie le dédit, il nous paraît que les juges doivent tenir compte de la valeur de ce dédit pour apprécier le salaire dû à l'intermédiaire. En ce cas, en effet, le seul avantage que procure l'intermédiaire au vendeur du fonds, c'est le paiement de ce dédit relativement minime comparé au prix qu'aurait pu atteindre la vente. Aussi, tout en octroyant une rémunération à l'intermédiaire dans cette hypothèse, les juges, à notre avis, ne devront la lui accorder que proportionnée au montant du dédit ⁽¹⁾.

(1) Certains intermédiaires, au cas de paiement du dédit par l'acquéreur émettent la prétention de partager avec le vendeur le montant de ce dédit, de sorte que, sur une somme de 1.000 francs payée à titre de dédit, l'intermédiaire prélève 500 francs pour sa part, ceci se pratique couram-

215. De l'hypothèse du dédit, il nous faut rapprocher celle où la vente une fois conclue, le prix en a été réduit par la suite. Si le prix de vente du fonds de commerce n'a influé en rien sur le salaire promis à l'intermédiaire pour son intervention, et si ce prix restait à débattre entre vendeur et acquéreur, il est certain que la réduction de ce prix survenant plus tard, sans faute aucune de la part de l'intermédiaire ne saurait priver celui-ci d'une part quelconque de sa commission ⁽¹⁾. Mais, si au contraire, le vendeur a promis un salaire fixe à l'intermédiaire, à la condition que le prix de vente de son fonds atteindrait un chiffre déterminé assurément, si le chiffre atteint d'abord ne l'est plus ensuite, parce que réduit, nous estimons que la condition posée au paiement du salaire de l'intermédiaire, ne s'étant pas réalisée, ce dernier n'a droit à aucune rétribution et qu'il doit restituer au vendeur l'équivalent de celle qu'il a touchée ⁽²⁾. Toutefois, un jugement du tribunal de commerce de la Seine, trouvant sans doute cette logique trop rigoureuse a décidé que dans ce cas, la commission de l'intermédiaire devait être seulement réduite dans la

ment à Paris. Quant à nous, nous trouverions plus équitable que le taux ordinaire de commission de 5 p. 0/0 sur le prix de vente soit prélevé pour le compte de l'intermédiaire sur le chiffre du dédit; à moins toutefois que la somme ainsi obtenue ne l'indemnise suffisamment de ces peines et déboursés justifiés.

(1) Voir plus bas ce que nous disons, pour le cas ou non seulement le prix a été réduit, mais le contrat de vente tout entier résolu et les décisions de jurisprudence que nous citons et qui peuvent par analogie s'appliquer ici.

(2) Comm. Seine, 10 févr. 1886 (*J. C.*, 86, n° 11084).

même proportion que le prix de vente et fixée en raison des soins donnés à l'affaire (1).

216. On peut tenir le même raisonnement pour le cas où non seulement le prix a été réduit, mais le contrat de vente tout entier a été annulé. Si la vente du fonds de commerce a été la condition de la promesse d'un salaire faite à l'intermédiaire, il est évident que les parties ont entendu parler d'une vente valable et que, par conséquent, il n'est rien dû à l'intermédiaire si cette vente vient plus tard à être annulée.

Encore faut-il que la résolution de la vente ne soit pas le fait du vendeur ou d'un tiers, ou bien ne résulte pas d'un cas fortuit, en un mot qu'elle provienne d'une cause plus ou moins imputable à l'intermédiaire (2). Mais si les parties, c'est-à-dire le vendeur et l'intermédiaire n'ont pas entendu subordonner le paiement du salaire convenu à la vente du fonds de commerce, nous estimons qu'il importe peu que cette vente soit résolue ou non ; le salaire de l'intermédiaire lui sera dû dans l'un et l'autre cas parce qu'il aura rempli son mandat.

217. On doit toutefois, selon nous, faire ici la distinction que nous avons déjà admise, et reconnaître aux juges, précisément parce que le mandat de l'intermédiaire n'a pas abouti, le droit de réduire le salaire de ce dernier et de le proportionner à la peine par lui prise (3). A ce sujet

(1) Comm. Seine, 5 oct. 1886 (*J. C.*, 88, p. 87).

(2) Il a été jugé en ce sens qu'un vendeur usant d'une clause résolutoire insérée à son profit, l'intermédiaire, dans ce cas, a droit à la commission promise : Paris, 14 nov. 1876 (*J. C.*, 76, n° 9029).

(3) Comp. Paris, 2 juin 1888 (*Gaz. Pal.*, 88. 2. 519).

on s'est demandé si le principe d'après lequel le courtier conserve son courtage dans une vente faite par son entremise, alors même qu'elle serait annulée par la suite ne doit pas s'étendre à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce qui aurait stipulé d'avance à forfait le prix de ses services? Sans doute, il est de jurisprudence que le courtier conserve son salaire, même si le marché n'est pas exécuté, même s'il vient à être résilié, car le courtier ne répond pas de l'exécution du contrat, et le fait de sa rupture n'empêche pas qu'il ait donné ses soins à l'opération. Malgré cela, nous ne pensons pas que l'on puisse étendre cette règle de façon générale à tous les intermédiaires s'interposant dans des ventes, et en particulier à l'intermédiaire, marchand de fonds. Nous avons dit en effet, les différences sensibles qui existent entre ce dernier et le courtier proprement dit. Aussi, préférons-nous nous en tenir, quant aux relations du vendeur d'un fonds de commerce et de l'intermédiaire d'abord à ce que nous avons dit au sujet de l'interprétation de la volonté des parties et ensuite, à la distinction par nous admise au cas où le mandat confié à l'intermédiaire n'a pas abouti ⁽¹⁾.

(1) V. un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 25 oct. 1889 rapporté dans les « *Annales de droit commercial* », de M. Thaller (année 1890, p. 43). Ce jugement décide que « le principe d'après lequel « le courtier conserve son courtage dans une vente faite par son entremise, « alors même qu'elle viendrait à être annulée par la suite ne doit pas s'étendre à un agent d'affaires qui aurait stipulé d'avance à forfait le prix « de ses services. — Lorsque la vente faite par l'entremise de cet agent « vient à être résiliée, par exemple, pour non paiement du prix par l'acheteur, il appartient à la justice de réduire le salaire convenu si elle le « trouve excessif pour le régler à proportion des soins réellement donnés ».

218. Une dernière hypothèse nous reste à examiner, relativement au paiement du salaire dû à l'intermédiaire; c'est le cas où ce dernier a commis une faute dans l'accomplissement de son mandat. Nous étudierons plus loin la responsabilité générale de l'intermédiaire en tant que mandataire, soit du vendeur, soit de l'acquéreur du fonds de commerce. Nous voulons simplement marquer ici l'influence d'une faute imputable à l'intermédiaire sur la rémunération qui lui est due. Pour nous, nous croyons que l'effet produit par la faute dont l'intermédiaire a été l'auteur ou le complice sur le contrat de vente du fonds de commerce devra être le même sur le contrat de mandat salarié intervenu entre le vendeur et lui. C'est ainsi, que si cette faute entraîne la résolution de la vente, elle entraînera aussi pour l'intermédiaire la privation de toute rétribution⁽¹⁾; si au contraire, elle n'a d'abord pour conséquence qu'une diminution du prix de vente, elle n'aura ensuite pour autre conséquence qu'une diminution proportionnée

Dans une longue note le commentateur de ce jugement critique l'opinion des juges de Marseille disant qu'il ne voit pas pourquoi la règle applicable aux courtiers cesserait de convenir aux agents d'affaires. Nous ne reviendrons pas ici sur les différences par nous signalées entre ceux-ci et ceux-là qui nous font approuver le jugement du tribunal de commerce de Marseille. Rappelons, toutefois, que si nous reconnaissons ici aux juges le droit de réduire le salaire de l'intermédiaire c'est seulement parce que le mandat confié à celui-ci n'a pas abouti.

(1) Cette hypothèse se réalise quelquefois dans la pratique, au cas où vendeur et intermédiaire ont vendu ensemble un fonds de commerce déjà saisi. Comme cette vente amiable est annulée par la vente judiciaire, conséquence de la saisie, l'intermédiaire, complice de cette manœuvre dolosive, n'a aucun droit à cette rétribution.

du salaire promis à l'intermédiaire⁽¹⁾. Les fraudes auxquelles dans une vente de fonds de commerce l'intermédiaire peut prêter la main, sont nombreuses, et il appartient aux juges du fait d'en apprécier l'importance et les conséquences⁽²⁾.

SECTION VI

DROITS DE L'INTERMÉDIAIRE À SA RÉTRIBUTION APRÈS LA VENTE.

219. Après l'accomplissement du mandat qui lui avait été confié, l'intermédiaire qui s'est interposé dans la vente d'un fonds de commerce a incontestablement le droit de contraindre son mandant, le plus souvent le vendeur du fonds, à lui payer soit le salaire ferme stipulé, soit la remise sur le prix convenu, soit la rémunération arbitrée par le juge. Pour cela faire, il n'a qu'à exercer, conformément aux règles du droit commun, l'action qui résulte pour lui du contrat de mandat salarié. Si le vendeur du fonds est solvable et possède des biens, prix de vente ou autres, suffisants pour désintéresser tous ses créanciers, l'intermédiaire est assuré d'obtenir le paiement de sa commission.

(1) Paris, 10 févr. 1874 (*J. C.*, 74, n° 8173). — Il peut se faire cependant que bien que le prix de vente soit simplement réduit, la totalité de la commission promise à l'intermédiaire lui soit refusée au prétexte que le contrat conclu entre lui et le vendeur du fonds, a une cause illicite. — Trib. comm. Seine, 10 févr. 1886 (*Journ. fonds de comm.*, 86, p. 5).

(2) La réduction des honoraires de l'intermédiaire peut être prononcée bien que les honoraires aient été réglés par un billet énonçant une autre cause (Cass., 9 mai 1866, *J. C.*, 66, n° 5491).

Mais il peut se faire que le prix de vente du fonds de commerce soit l'unique actif du vendeur et en outre, que ce prix soit absorbé et au delà par les créanciers opposants.

En présence de l'insolvabilité du vendeur il est intéressant de rechercher si la créance de l'intermédiaire pour le paiement de son salaire est une créance privilégiée comme il en existe d'autres en pareille occurrence ⁽¹⁾.

220. Il est dans notre droit un principe général, d'après lequel nul privilège ne peut exister sans un texte formel de loi l'établissant. Et c'est précisément pour se conformer à ce principe que les intermédiaires, marchands de fonds, qui ont soutenu devant les tribunaux que leur créance relative à la commission à eux due, était privilégiée, ont tâché de la rattacher à différents textes de nos lois. D'aucuns ont invoqué l'article 657, C. proc. civ., aux termes duquel l'officier ministériel qui a procédé à une vente mobilière peut retenir sur le prix de cette vente le montant de ses frais. Pour nous, nous ne pensons pas que cet article puisse s'appliquer à un intermédiaire ordinaire qui est intervenu dans la vente d'un fonds de commerce. Le texte en effet, de l'article 657, ne vise que les officiers ministériels proprement dits, tels que notaires, avoués, huissiers et encore n'accorde-t-il à ceux-ci un privilège pour le paiement de leurs frais qu'autant que

(1) Les principales créances privilégiées sur le prix de vente d'un fonds de commerce, sont : les termes arriérés qui peuvent être dus au propriétaire des locaux occupés par le vendeur, les impôts de toute nature dont peut être débiteur envers le Trésor ce même vendeur. — V. ce que nous avons dit au n° 94 et la note.

ces frais ont été taxés. La jurisprudence est unanime dans le sens que nous indiquons et a toujours décidé que l'article 657, C. proc. civ., n'était pas applicable à l'agent d'affaires ou intermédiaire chargé de la vente d'un fonds de commerce (1).

221. D'autres intermédiaires ont cru trouver la source du privilège [qu'ils invoquaient dans l'article 2102, § 3, C. civ. D'après cet article les frais faits pour la conservation de la chose jouissent d'un privilège. Ainsi donc, les intermédiaires, marchands de fonds, qui étaient le privilège qu'ils réclament pour le paiement de leur salaire sur l'article 2102, § 3, C. civ., soutiennent qu'ils ont fait des frais pour la conservation du fonds de commerce ou plutôt que leur intervention a eu pour but et pour résultat cette conservation. De prime abord, cette prétention paraît singulière et on ne comprend pas bien que l'intermédiaire dont le concours n'a été recherché que pour faire disparaître la chose, c'est-à-dire vendre le fonds de commerce, puisse soutenir qu'il a contribué à conserver cette même chose. Et pourtant, la contradiction n'est qu'apparente. Sans doute, l'intervention de l'intermédiaire a eu pour effet d'enlever au vendeur la propriété et la possession du fonds de commerce, mais en revanche elle a conservé à ce vendeur le prix de ce fonds en place du fonds lui-même. Et quand l'intermédiaire prétend qu'il a fait des frais pour la conservation de la chose il veut dire que c'est grâce à lui

(1) Trib. comm. Seine, 10 févr. 1892 (*Gaz. Pal.*, 93. 1. 274); 25 nov. 1892 (*Le Droit*, 16 déc. 1892); 27 sept. 1894 (*La Loi*, 22 oct. 1894). — Paris, 31 janv. 1895 (*Le Droit*, 21 janv. 1895).

que la valeur intrinsèque du fonds de commerce, représentée par son prix de vente, a pu être conservée, car si le fonds n'avait pas été vendu dans ces conditions il aurait pu perdre une grande partie de sa valeur et quelquefois même toute en raison de la dépréciation probable de son élément le plus important, l'achalandage. Pour si subtil que soit ce raisonnement il ne nous en semble pas moins juste. Souvent en effet, dans la pratique l'on est obligé de reconnaître qu'en favorisant la vente du fonds de commerce l'intermédiaire a contribué à sauvegarder sa valeur et a ainsi rendu un réel service au vendeur du fonds et surtout à ses créanciers. Aussi pour nous, si nous ne nous en tenons pas uniquement à la lettre de l'article 2102, § 3, C. civ., et si nous recherchons dans quel esprit ce texte a été conçu par le législateur, nous ne sommes pas éloigné d'admettre que cet article peut justifier le privilège invoqué par l'intermédiaire pour le paiement de son salaire, à la condition qu'il soit prouvé en l'espèce que la vente du fonds de commerce était nécessaire pour lui conserver sa valeur et que cette vente a réalisé cette valeur dans la mesure du possible. Cependant la jurisprudence est d'un avis tout opposé au nôtre. Elle décide, en effet, presque aussi unanimement que pour le cas de l'article 657, C. proc. civ., que l'art. 2102, § 3, C. civ., ne saurait s'appliquer à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce et constituer le fondement d'un privilège pour la créance de son salaire ⁽¹⁾.

(1) V. les décisions déjà citées à la note 1 de la p. 172 et qui visent autant l'article 2102 que l'article 657, et encore Trib. comm. Seine, 11 janv. 1896 (*Journ. des Faill.*, 88, p. 453). — Paris, 20 nov. 1888 (*Journ. des Faill.*, 89, p. 418).

222. Le droit de privilège n'est pas le seul que réclament les intermédiaires, marchands de fonds, ils soutiennent encore qu'ils ont un droit de rétention. Et voici dans quelles circonstances. Souvent, nous l'avons vu, après la vente du fonds de commerce, l'intermédiaire touche le prix, le garde pendant le délai fixé par l'usage pour la réception des oppositions émanant des créanciers du vendeur, et reçoit ensuite mandat de le payer ou de le distribuer valablement. S'il n'y a pas de créanciers opposants sur ce prix, l'intermédiaire le remet au vendeur, si au contraire, des créanciers se manifestent, l'intermédiaire les paie intégralement au cas où leurs créances réunies n'absorbent pas l'entier prix de vente, ou bien il leur donne seulement un dividende établi par contribution amiable au cas où le prix est insuffisant pour les désintéresser tous. Que le prix du fonds de commerce revienne au vendeur ou à ses créanciers, l'intermédiaire en toute occurrence prétend qu'il a un droit de rétention sur ce prix pour le paiement du salaire qui lui est dû.

223. Sans vouloir ici exposer la théorie générale du droit de rétention, un peu vague d'ailleurs, nous nous rangeons à l'opinion de M. Baudry-Lacantinerie qui estime que le droit de rétention engendrant indirectement une cause de préférence, constitue un droit d'exception, assimilable au droit de privilège, et qui ne peut, par conséquent, tout comme celui-ci, être accordé sans un texte ⁽¹⁾. Les intermédiaires, marchands de fonds,

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, n° 1053 et suiv.

l'entendent bien ainsi, puisque chaque fois qu'ils soutiennent avoir un droit de rétention ou de prélèvement sur le prix de vente du fonds, ils invoquent un texte de loi. Ce sont d'abord les deux articles 567, C. proc. civ., et 2102, § 3, C. civ., qu'ils font valoir pour leur droit de rétention tout comme pour leur droit de privilège, mais sans plus de succès. La jurisprudence, en effet, décidant qu'aucun de ces deux articles ne saurait s'appliquer aux intermédiaires dans une vente de fonds de commerce ne leur accorde pas plus l'un que l'autre de ces deux droits de préférence ⁽¹⁾.

224. Mais quant au droit de rétention les intermédiaires se prévalent en outre de leur qualité de dépositaires du prix de vente. Il est certain, en effet, que la seconde partie du mandat qui leur est confié, celle qui a pour objet le paiement valable du prix du fonds implique aussi le contrat de dépôt, car, ce ne peut être que comme dépositaire que l'intermédiaire détient le prix pour le compte de l'acquéreur. Au reste, cette qualité de dépositaire-séquestre, sur laquelle nous reviendrons plus loin, est reconnue à l'intermédiaire par les tribunaux ⁽²⁾. Soutenant donc qu'ils sont dépositaires du prix, les intermédiaires demandent qu'il leur soit fait application de l'article 1948, C. civ. Cet article dispose que le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison de ce-

(1) V. les décisions de jurisprudence rapportées plus haut aux notes des pages 172 et 173.

(2) Trib. comm. Seine, 16 déc. 1882 (*J. C.*, 32. 387). — V. Lèbre, p. 243.

lui-ci. Or, il est évident que l'article 1948 ne s'applique au dépositaire que pour les frais qui ont pu lui être occasionnés par le dépôt lui-même. En conséquence, nous ne pensons pas que l'intermédiaire à qui on réclame la restitution du prix du fonds de commerce puisse invoquer le droit de rétention de l'article 1948 et cela, non pas pour des frais occasionnés par le dépôt, mais pour des frais antérieurs comme le paiement de la commission, ou bien concomittants comme les honoraires dus à l'intermédiaire pour l'accomplissement de la seconde partie de son mandat, tous frais d'ailleurs distincts du dépôt et absolument indépendants de lui ⁽¹⁾. Sur ce point, nous sommes d'accord avec la jurisprudence et entre autres un arrêt de la Cour de Paris du 3 novembre 1887 décide que l'agent d'affaires, intermédiaire dans une vente de fonds de commerce ne peut, par application de l'article 1948, C. civ., retenir le montant de sa commission sur le prix versé entre ses mains et dont il est dépositaire et comptable ⁽²⁾.

225. Outre les textes de loi dont nous venons de parler, les intermédiaires parfois, invoquent encore pour faire valoir leur droit de privilège ou de rétention, les conventions intervenues entre eux et le vendeur du fonds de commerce. Souvent il arrive, en effet, que dans le contrat de mandat

(1) Que si par extraordinaire, cas qui ne se rencontre presque jamais dans la pratique, le dépôt du prix entre les mains de l'intermédiaire avait été pour ce dernier une cause de dépense, incontestablement la disposition de l'art. 1948 devrait être appliquée en faveur de l'intermédiaire pour lui permettre d'être dédommagé de tout le préjudice qui aurait pu lui causer le dépôt.

(2) Paris, 3 nov. 1887 (*J. C.*, 88, p. 369).

salarié conclu entre le vendeur et l'intermédiaire, les parties stipulent que, sur le prix de vente, l'intermédiaire prélèvera avant quiconque le montant de sa commission. Cette convention qui, dans l'esprit des parties a bien pour but de créer un droit de préférence en faveur de l'intermédiaire pour le paiement de son salaire, ne peut avoir sa raison d'être qu'autant qu'il existe d'autres créanciers du vendeur du fonds. Mais, précisément à l'encontre de ces derniers, on ne peut pas soutenir, à notre avis, que le vendeur et l'intermédiaire aient pu valablement conclure un contrat accordant un privilège à celui-ci, au détriment des autres créanciers du vendeur. Ces créanciers, en effet, sont demeurés étrangers à ce contrat qui est pour eux « *res inter alios acta* » et ne saurait, par conséquent, pouvoir leur préjudicier en rien. De plus, nous ne croyons pas que, d'après les principes du droit français, il puisse dépendre de la volonté des parties, de donner naissance à des droits de préférence, privilèges ou droit de rétention, autres que ceux prévus et organisés par une loi formelle ⁽¹⁾.

226. Ainsi l'intermédiaire, d'après une jurisprudence qui paraît fermement établie ⁽²⁾, ne jouit pour le paiement de son salaire d'aucune espèce de droit de préférence à l'encontre des autres créanciers du vendeur avec lesquels il se trouve en concours, soit qu'il veuille assimiler sa

(1) V. dans le sens que nous indiquons : Trib. comm. Seine, 25 nov. 1892 (*Le Droit*, 16 déc. 1892). — Paris, 31 janv. 1895 (*Le Droit*, 21 juin 1895). — Paris, 11 mai 1896 (*Journ. des Faill.*, p. 107).

(2) Quant à nous, nous maintenons ce que nous avons dit plus haut au sujet de l'application possible de l'article 2102, § 3, C. civ., au cas de l'intermédiaire.

créance à d'autres privilégiées de par la loi, soit qu'il se retranche derrière les conventions qui le lient au vendeur du fonds de commerce. N'étant donc, en vertu de son contrat de mandat salarié, qu'un créancier ordinaire du vendeur, il doit subir le sort des autres créanciers de celui-ci. En conséquence, s'il a touché le prix de vente, il doit d'abord le rendre intégralement. Et ensuite, si le prix du fonds de commerce est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers, il devra, comme ceux-ci, se contenter sur le montant de son entière créance, d'un tant pour cent fixé par une contribution amiable ou judiciaire. La jurisprudence n'a pas manqué de tirer cette conséquence, fatale d'ailleurs, de la théorie par elle admise et de nombreuses décisions sont en ce sens ⁽¹⁾.

227. Une des hypothèses les plus fréquentes où l'on a à repousser les prétendus privilèges de l'intermédiaire, c'est le cas où le vendeur du fonds de commerce est, après la vente de son fonds, mis en état de faillite sur les poursuites d'un ou de plusieurs de ses créanciers mécontents de la vente elle-même ou du faible dividende qu'ils doivent toucher sur le prix. La faillite subséquente du vendeur peut influencer sur le salaire dû à l'intermédiaire de deux façons différentes. Et d'abord, les conséquences de cette faillite peuvent s'étendre au droit même de l'intermédiaire à ce salaire. En effet, le contrat de mandat salarié, base du droit de l'intermédiaire est, nous l'avons déjà dit, intimement lié au contrat de vente du fonds de commerce dont il suit

(1) V. Paris, 31 janv. 1895 (déjà cité). — Paris, 3 févr. 1892 (*J. C.*, 92, p. 549). — Paris, 18 juin 1896 (*Rec. Marseille*, 97. 2. 188).

le sort. Or, après la déclaration de la faillite, la vente du fonds peut être maintenue ou annulée conformément aux principes du droit commercial. Si le syndic, représentant la masse des créanciers, juge à propos de respecter la vente du fonds il est certain que le droit de l'intermédiaire à la rétribution promise reste entier. Mais, si au contraire, le syndic poursuit et obtient l'annulation de la vente par application des articles 446 et 447, C. comm. ou pour toute autre cause l'intermédiaire n'a plus alors le droit de réclamer son salaire, et suivant la distinction que nous avons faite pour le cas où le mandat n'a pas abouti, il ne peut que se faire indemniser de ses peines et soins⁽¹⁾.

228. Les conséquences de la faillite du vendeur sont encore plus importantes quant, au paiement de la rétribution due à l'intermédiaire. Nous savons que la créance, résultant pour l'intermédiaire du contrat de mandat salarié conclu entre lui et le vendeur du fonds, n'est nullement privilégiée. Par conséquent, au cas de la faillite du débiteur, le paiement de cette créance doit avoir lieu comme celui des autres créances non privilégiées, c'est-à-dire par concours entre tous les créanciers du failli. Et ainsi souvent l'intermédiaire ne touchera pas l'entier montant de sa créance, c'est-à-dire de son salaire, mais seulement le dividende déterminé par le règlement de la faillite. C'est pourquoi l'intermédiaire qui, de bonne ou de mauvaise foi s'étant cru créancier privilégié a prélevé ou reçu sur le prix du fonds de commerce la rétribution qui lui avait été

(1) V. ce que nous avons dit p. 159 et suiv. et 167 et 168.

promise, en doit le rapport à la masse des créanciers de la faillite⁽¹⁾ pour venir ensuite en concours avec cette masse se partager l'entier actif au *prorata* de sa créance.

229. Cependant l'application de ce principe peut être difficile dans certains cas. Sans doute, si le paiement de la commission de l'intermédiaire a eu lieu avant la période suspecte, c'est-à-dire à une époque antérieure à la date de la cessation des paiements, il est certain que ce paiement est valable, même à l'encontre du syndic de la faillite du vendeur ⁽²⁾. Mais que décider si le paiement a eu lieu, soit pendant la période suspecte, soit le jour même de la vente qui s'est trouvé être celui de la cessation des paiements? Ce paiement du salaire de l'intermédiaire tombe alors sous l'application de l'article 447, C. comm., puisqu'il s'agit ici, nous le supposons, d'une dette échue. Or, pour que la nullité facultative organisée par cet article soit prononcée, trois conditions sont nécessaires. Il faut, d'après MM. Lyon-Caen et Renault ⁽³⁾ : 1° que celui qui a fait avec le failli l'acte dont il s'agit ait eu au moment de l'opération, connaissance de l'état de cessation de paiements; 2° que l'acte attaqué ait été fait dans la période suspecte; 3° que le juge estime bon de

(1) Trib. comm. Seine, 25 nov. 1892 et 10 févr. 1893 (*Journ. des Faill.*, 93, p. 225).

(2) V. Paris, 21 déc. 1887 (*J. C.*, 88, p. 437). Encore faut-il que ce paiement ne rentre dans aucune des hypothèses prévues par l'article 446, C. comm., quant aux dix jours précédant la période suspecte, et quant à l'échéance de la dette.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 394. — V. encore E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1590.

prononcer la nullité. Nous supposons d'abord, la seconde condition réalisée. Pour ce qui est de la première si l'intermédiaire a été payé de son salaire quelque temps après la vente, quand les créanciers du vendeur s'étaient manifestés, et alors surtout qu'une tentative de répartition amiable avait eu lieu, il est évident qu'il ne pouvait ignorer à ce moment l'état de cessation de paiements du vendeur du fonds. Mais si le paiement de la commission a eu lieu le jour même de la vente du fonds, il paraît difficile de soutenir qu'à ce moment l'intermédiaire connaissait l'état de cessation des paiements. Une jurisprudence constante, il est vrai, admet que le fait seul par un négociant de vendre son fonds de commerce, qui est son unique actif, un prix insuffisant pour désintéresser tous ses créanciers constitue l'état de cessation de paiement ⁽¹⁾. Oui, mais comment établir qu'au moment de la vente l'intermédiaire connut l'état embarrassé des affaires du vendeur? Aussi, approuvons-nous un arrêt de la Cour de Paris, en date du 3 novembre 1887, qui décide que le paiement que se fait l'intermédiaire à lui-même ne peut être annulé, si la commission était due le jour même de la vente et si ce jour s'est trouvé être celui de la cessation des paiements du vendeur du fonds de commerce, à moins que le paiement n'ait été effectué en fraude au préjudice des autres créanciers ⁽²⁾.

(1) Cass., 17 févr. 1852 (*J. C.*, t. II, 399). — Paris, 10 mars 1874 (*J. C.*, t. XXII, 492). — Paris, 22 juill. 1882 (*J. C.*, t. XXIII, 193).

(2) Paris, 3 nov. 1887 (*J. C.*, 88, p. 369). — Cet arrêt va encore plus loin que nous en décidant que, pour que le paiement ne puisse être annulé, il suffit que la commission de l'intermédiaire fut due le jour de la vente,

230. Quant à la troisième condition exigée pour l'application de l'article 447, à savoir qu'il est nécessaire que le juge estime bon de prononcer la nullité, elle est de beaucoup la plus importante. En effet, malgré la réunion des deux conditions précédentes le juge peut se dispenser de prononcer la nullité. Ainsi donc, bien qu'un paiement ait eu lieu pendant la période suspecte et qu'il ait été fait à un créancier connaissant l'état de cessation de paiements de son débiteur, le juge peut malgré cela valider ce paiement. C'est là pour lui un pouvoir discrétionnaire dont il use surtout parce qu'il estime que ce paiement n'a pas causé un réel préjudice à la masse des créanciers. Or, pour le cas qui nous occupe peut-on dire que le paiement de la commission de l'intermédiaire a causé un grand préjudice à la masse? Cette commission le plus souvent est d'une valeur minime comparée aux autres dettes du vendeur. De plus, il se peut faire que la vente du fonds ait été un bien pour les créanciers du vendeur parce qu'elle a été réalisée à un moment opportun et à un bon prix, et cette vente est l'œuvre de l'intermédiaire à laquelle il n'eût pas prêté son concours sans l'assurance formelle d'être payé de l'entière commission promise. Si donc l'on compare le service qu'a rendu l'intermédiaire aux créanciers de la faillite, au préjudice qu'a causé à ces mêmes créanciers le paiement intégral de la commission, on voit que le premier est plus grand que le second.

231. Aussi pour nous, chaque fois que le syndic de la
sans que le paiement ait été effectué ce jour-là même. — V. encore en ce sens : Paris, 21 déc. 1887 (déjà cité).

faillite du vendeur, ne critique pas la vente du fonds de commerce et fait ainsi bénéficier de cette vente la masse des créanciers, serions-nous d'avis que le juge accorde à l'intermédiaire l'entier salaire promis, alors surtout qu'il n'est pas établi que l'intermédiaire ait stipulé ou ait même reçu ce salaire, connaissant l'état de cessation des paiements du vendeur. Toutefois, nous le reconnaissons, le juge peut et doit se prononcer principalement en vue de l'espèce qui lui est soumise.

NOTE. — Jusqu'ici nous n'avons parlé que du mandat donné à l'intermédiaire par le vendeur du fonds de commerce. Il peut se faire toutefois qu'un contrat de mandat salarié intervienne aussi avant la vente entre l'acquéreur d'un fonds et l'intermédiaire, et que celui-ci après avoir reçu mandat de faire vendre reçoive en même temps mandat de faire acheter. Cette dernière hypothèse, quoique beaucoup plus rare, se présente parfois. En tout cas, il ne faudrait pas croire que l'intermédiaire ne puisse exécuter à la fois ces deux mandats et se faire promettre en conséquence un salaire distinct par chacun de ses mandants. M. Guillouard, dans son *Traité du mandat* (n° 169) enseigne qu'un mandataire peut recevoir un salaire de chacune des parties entre lesquelles il arrive à négocier un contrat, à la condition toutefois que le mandataire n'ait pas sacrifié les intérêts de l'une des parties aux intérêts de l'autre. Pour nous, nous partageons l'opinion de M. Guillouard, et faisant l'application de ce principe à l'intermédiaire qui s'est interposé dans une vente de fonds de commerce, nous pensons qu'il est possible pour ce dernier de cumuler les deux mandats qui lui sont donnés, l'un par le vendeur et l'autre par l'acquéreur du fonds. Aussi tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, et tout ce que nous dirons par la suite, au sujet des relations entre vendeur et intermédiaire en tant que mandant et mandataire s'applique entre acquéreur et intermédiaire pour le cas où existent entre eux les liens juridiques du mandat. Il est bien entendu que nous n'entendons parler ici que du mandat qui précède la vente, car on sait déjà, et nous y reviendrons encore plus loin, qu'après la vente souvent l'intermédiaire devient le mandataire salarié de l'acquéreur du fonds, mais ce second mandat a un objet tout autre.

CHAPITRE III

Responsabilité de l'intermédiaire.

232. Nous n'avons pas l'intention d'exposer ici toutes les règles relatives aux obligations réciproques du mandant et du mandataire, contenues au titre XIII du livre III du Code civil. Ces règles générales s'appliquent à toute espèce de mandat, même au mandat commercial qui n'a pas été organisé de façon spéciale par le Code de commerce. Elles s'appliquent donc au mandat de l'intermédiaire, marchand de fonds, mais il n'entre pas dans le plan de notre livre de faire cette application. Nous voulons seulement dans ce chapitre préciser certains points de la responsabilité de l'intermédiaire, spéciaux précisément en raison de la particularité du mandat qui lui est confié.

233. Et d'abord, de façon générale le mandat de l'intermédiaire qui intervient dans la vente d'un fonds de commerce étant salarié, la responsabilité de celui-ci est plus grande aux termes mêmes de l'article 1992, C. civ. En effet, le mandataire doit répondre non seulement de son dol, mais encore de ses fautes; mais tandis que le mandataire gratuit ne répond que de ses fautes lourdes

ou du moins arbitrées telles par les tribunaux, le mandataire salarié doit être responsable même de la faute légère, de celle que ne commettrait pas un homme soigneux ⁽¹⁾.

234. Pour bien déterminer quelle responsabilité peut encourir l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, il est nécessaire de rappeler ce que nous avons déjà dit du rôle qu'il joue dans cette vente ⁽²⁾. Nous savons que ce rôle comprend le plus souvent deux parties : la première où l'intermédiaire peut être considéré comme le mandataire du vendeur, la seconde où il est, au contraire, le mandataire de l'acquéreur. Nous devons donc envisager l'intermédiaire dans ses rapports avec le vendeur et l'acquéreur. Nous l'envisagerons ensuite dans ses rapports avec les tiers auxquels il a eu à faire dans l'exécution de son double mandat.

§ 1. *Vis-à-vis du vendeur.*

235. A l'égard du vendeur du fonds de commerce, bien que nous ayons soutenu en théorie que l'intermédiaire est un locateur de services, puisque nous avons admis en pratique le système de la jurisprudence, nous devons traiter l'intermédiaire comme un mandataire. Son mandat, à l'encontre du vendeur on le sait, a seulement pour objet la recherche d'un acquéreur. Difficilement, semble-t-il, dans cette recherche l'intermédiaire encourra une responsabilité quelconque. On peut d'abord se demander si le fait seul

(1) Guillouard : *Du mandat*, n° 103. — Laurent, t. XXVII, n° 475.

(2) V. p. 93 et 105.

par l'intermédiaire de ne pas exécuter le mandat dont on l'a chargé ne constitue pas de sa part une faute qui peut être préjudiciable au vendeur du fonds et dont celui-ci peut lui demander réparation. Or, nous savons que le contrat de mandat salarié conclu entre le vendeur et l'intermédiaire ne devient parfait que par l'acceptation de ce dernier qui ne peut se manifester que par l'exécution de son obligation, l'engagement du vendeur n'étant jusque-là qu'une pollicitation. De sorte que, puisque le mandat n'est accepté par l'intermédiaire que lorsqu'il l'exécute, on ne comprend pas que celui-ci puisse encourir une responsabilité du fait de son inexécution qui est plutôt une non-acceptation.

236. Quant à la responsabilité de l'intermédiaire au sujet de l'exécution même de son mandat elle paraît tout aussi difficile à imaginer. En effet, l'intermédiaire s'est seulement chargé de rapprocher acquéreur et vendeur et c'est à ces derniers ensuite à s'informer réciproquement s'ils réunissent toutes les conditions voulues pour contracter, à s'entendre sur les clauses de la vente et à conclure entre eux le contrat. L'intermédiaire, en général, se contente de présenter l'acquéreur au vendeur, tel qu'il est, sans garantie aucune. Il faudrait donc pour qu'il encoure une responsabilité quelconque, ou bien que par des conventions expresses, il se soit engagé à procurer au vendeur un acquéreur dans des conditions déterminées et qu'il n'ait pas tenu son engagement, ou bien qu'il ait pratiqué certaines manœuvres répréhensibles, de concert par exemple avec l'acquéreur pour tromper le vendeur, manœuvres qui

constitueraient de sa part un dol et non une faute. Mais dans ces dernières hypothèses, la responsabilité de l'intermédiaire découlerait plutôt des principes généraux du droit français et de l'article 1382, C. civ., que d'une faute dans l'exécution de son mandat.

237. Dans un seul cas l'intermédiaire nous paraît pouvoir encourir une responsabilité en tant que mandataire du vendeur du fonds de commerce, c'est celui où il a commis une faute, soit dans la rédaction de l'acte de vente, soit dans la publication de cette vente dont il avait été chargé. Pour ces deux actes en effet, l'intermédiaire doit être considéré comme mandataire tant du vendeur que de l'acquéreur. Or, l'irrégularité de l'acte de vente que l'intermédiaire avait été chargé de rédiger, et l'omission ou l'irrégularité de la publication de cette vente qui lui incombait, et qui est exigée, comme on le sait par l'usage de certains pays, peuvent avoir de très graves conséquences à l'encontre du vendeur du fonds, puisqu'elles peuvent être une cause de nullité de la vente elle-même. Si donc l'intermédiaire relativement à l'un de ces actes a commis une faute préjudiciable à son mandant, il en est responsable et lui en doit réparation ⁽¹⁾.

(1) L'agent d'affaires qui a servi d'intermédiaire pour la vente d'un fonds de commerce, qui en a rédigé l'acte, et qui a été constitué ainsi mandataire des parties pour son exécution et les formalités à remplir doit être déclaré responsable de ses fautes et omissions. Spécialement, il doit s'il a négligé de faire enregistrer l'acte de vente dans les délais légaux supporter les doubles droits auxquels le défaut d'enregistrement a donné lieu (Trib. comm., Havre, 17 févr. 1897, *Rec. Havre*, 32. 1. 1897).

§ 2. *Vis-à-vis de l'acquéreur.*

238. La responsabilité de l'intermédiaire à l'égard de l'acquéreur d'un fonds de commerce peut être envisagée soit avant, soit après la vente. Et d'abord, l'intermédiaire peut-il être déclaré responsable à l'encontre de l'acquéreur pour des faits antérieurs à la vente du fonds, comme par exemple pour le fait de n'avoir pas prévenu l'acquéreur de la précarité du droit du vendeur? De façon générale, on peut répondre non, car le mandat confié à l'intermédiaire par l'acquéreur ne s'étend pas jusque-là et ne commence qu'après la vente ⁽¹⁾. Toutefois, nous avons dit, qu'il pouvait se faire, bien que cela se vit rarement, qu'avant la vente, l'intermédiaire fût en même temps mandataire du vendeur et de l'acquéreur, l'un lui ayant donné mandat de faire vendre, et l'autre, mandat de faire acheter ⁽²⁾. Dans ce cas, il faut raisonner comme nous l'avons déjà fait au sujet du vendeur : le mandat de l'intermédiaire n'ayant pour objet que le rapprochement des parties, il faut pour qu'il encoure une responsabilité

(1) V. en sens contraire, un jugement du trib. comm. de la Seine du 8 juill. 1890 (*La Loi*, 30 août 1890), qui décide : Le devoir d'un agent d'affaires par l'intermédiaire duquel une personne se rend acquéreur d'un fonds de commerce, est d'abord de veiller à ce que la vente qu'il négocie se fasse avec toutes les conditions de sûreté pour l'acquéreur, ensuite d'assurer la répartition des fonds à lui confiés ; en n'avertissant pas l'acquéreur de la précarité du titre du vendeur et de la revendication d'un précédent propriétaire dont il a connaissance, il commet au moins une faute lourde dont il doit répondre comme mandataire salarié.

(2) V. la note de la page 183.

quelconque, soit qu'il ait contrevenu à des stipulations expresses, soit qu'il ait commis des manœuvres dolosives. Dans une autre hypothèse encore, on doit assimiler la responsabilité dont peut être tenu l'intermédiaire à l'égard de l'acquéreur à celle dont il peut être tenu à l'égard du vendeur : c'est le cas où il a commis une faute, soit dans la rédaction de l'acte de vente, soit dans la publication de cette vente. Pour ces deux actes, en effet, l'intermédiaire est mandataire de l'acquéreur, aussi bien que du vendeur et il doit par conséquent à tous deux réparation du préjudice causé par les fautes qu'il a commises en les accomplissant.

239. Mais le contrat de mandat salarié qui intervient entre l'acquéreur d'un fonds de commerce et l'intermédiaire est plus important et plus compliqué que celui que ce dernier a pu conclure avec le vendeur. En effet, la vente du fonds une fois traitée et la publication de cette vente faite, l'intermédiaire le plus souvent est chargé de conserver le prix du fonds jusqu'au paiement, de recevoir les oppositions des créanciers du vendeur, de payer ces créanciers totalement si le prix y suffit ou, dans le cas contraire, de leur distribuer un dividende déterminé par une contribution amiable. Dans cette seconde partie de son rôle, l'intermédiaire, nous l'avons dit, est un véritable mandataire au sens juridique du mot. Il est le mandataire non pas du vendeur qui, presque toujours, n'a aucun intérêt à ce que ces diverses formalités soient remplies, mais bien de l'acquéreur. Celui-ci en effet, est de beaucoup le plus intéressé à ce que le prix de vente soit valablement payé, car s'il ne

l'est pas, l'acquéreur est exposé à un recours des créanciers du vendeur qui pourront l'obliger à payer deux fois. L'intermédiaire est donc responsable vis-à-vis de son mandant de toute faute même légère, puisqu'il est un mandataire salarié se faisant octroyer des honoraires distincts que devra lui payer l'acquéreur pour son intervention après la vente.

240. Un des cas les plus fréquents où l'intermédiaire engage sa responsabilité vis-à-vis de l'acquéreur d'un fonds de commerce est celui où ne tenant pas compte de toutes les oppositions qui ont été formées entre ses mains il se dessaisit du prix de vente sans avoir obtenu le consentement de tous les créanciers du vendeur. Ceux d'entre ces créanciers dont on a négligé les oppositions ou plutôt dont on n'a pas obtenu mainlevée de ces oppositions, peuvent critiquer le paiement qui a été fait du prix et rechercher l'acquéreur pour l'obliger à payer de nouveau, sinon l'entier prix, tout au moins une partie de ce prix représentant le montant des oppositions omises ⁽¹⁾. Dans ce cas, il est certain que l'acquéreur peut se retourner contre l'intermédiaire et lui demander réparation du préjudice qu'il subit. Il lui avait, en effet, donné mandat de payer valablement; l'intermédiaire n'a pas rempli ce mandat en se dessaisissant du prix de vente sans avoir obtenu le consentement

(1) Voir ce que nous avons dit dans notre première partie au sujet des oppositions p. 66 et suiv. — Cette hypothèse se réalise souvent au cas de faillite du vendeur. Cette faillite d'ailleurs, la plupart du temps est provoquée par un créancier mécontent de n'être pas compris dans la répartition ou tout au moins de ne pas y obtenir tout ce à quoi il prétend avoir droit et qui a refusé de donner mainlevée de son opposition.

de tous les créanciers opposants, et il a ainsi commis une faute dont il est responsable. La jurisprudence est en ce sens et un jugement du tribunal de commerce de la Seine, confirmé par la Cour de Paris, a décidé que : l'agent d'affaires qui, étant intermédiaire dans la vente d'un fonds de commerce, s'est chargé vis-à-vis de l'acheteur, de faire toutes les publications nécessaires et de recevoir à son domicile la signification des oppositions qui seraient faites, est tenu, à peine de dommages-intérêts, de rapporter à ses frais mainlevée d'une opposition dont la signification lui a été remise et qu'il n'a pas fait connaître à son mandant qui, dans l'ignorance du fait, a payé son prix au terme convenu.

§ 3. *Vis-à-vis des tiers.*

241. Les tiers dont il s'agit ici ne sauraient être que les personnes autres que le vendeur et l'acquéreur du fonds de commerce avec lesquelles l'intermédiaire peut avoir eu des rapports juridiques dans l'exécution de son double mandat. En effet, pour qu'une responsabilité autre que la responsabilité générale que chacun assume de ses actes puisse incomber à l'intermédiaire à l'égard des tiers, il est nécessaire que ceux-ci puissent invoquer un lien de droit les unissant à lui. Pour ce qui est de la première partie du rôle de l'intermédiaire, c'est-à-dire, du mandat salarié que ce dernier remplit avant la vente, nous ne prévoyons pas avec quels tiers l'intermédiaire pourrait être lié juridiquement et à l'encontre de quels tiers il pourrait commettre une faute engageant sa responsabilité. Il n'a à faire dans

cette première phase de son intervention qu'au vendeur et à l'acquéreur du fonds, et même, on le sait, l'intermédiaire n'encourt une responsabilité spéciale vis-à-vis de ceux-ci qu'autant qu'il peut être considéré comme leur mandataire.

242. Il n'en va pas de même dans la seconde partie du rôle de l'intermédiaire après la vente. Cette seconde partie, nous l'avons dit plusieurs fois déjà, comprend la publication de la vente du fonds, la réception des oppositions et la répartition du prix par l'intermédiaire. Or, celui-ci, dans l'accomplissement de ce second mandat peut se trouver lié juridiquement avec des personnes autres que l'acquéreur et le vendeur du fonds de commerce et par conséquent encourir à leur égard une certaine responsabilité. Ces personnes sont principalement les créanciers du vendeur qui forment opposition sur le prix de vente entre les mains de l'intermédiaire détenteur de ce prix ou tout au moins désigné pour recevoir les oppositions. Il est certain d'abord que l'intermédiaire n'est ici que le mandataire de l'acquéreur et que celui-ci, en vertu même des principes généraux du mandat, est censé contracter directement avec les créanciers opposants et qu'il est, par conséquent, responsable envers eux des suites du mandat. En vain, objecterait-il que l'intermédiaire, en commettant une faute dans l'exercice de son mandat, en ne payant pas valablement par exemple, a outrepassé les limites de son mandat et qu'il s'est ainsi engagé seul, sans que lui mandant, puisse être recherché de ce chef. M. Guillouard enseigne en pareille occurrence « qu'en accordant sa confiance à une per-

« sonne qui ne la méritait pas et en lui permettant sous le
« couvert de la procuration qu'il lui a imprudemment
« donnée de tromper les tiers, le mandant devient respon-
« sable vis-à-vis de ces tiers de bonne foi d'une fraude qui
« prend sa source dans le mandat par lui donné ⁽¹⁾ ». Ainsi donc, l'acquéreur du fonds de commerce devra répondre vis-à-vis des créanciers du vendeur qui ont formé opposition des fautes de l'intermédiaire, son mandataire.

243. Mais ce dernier lui-même en sera-t-il personnellement responsable, de sorte que les créanciers opposants aient le droit de le rechercher directement? Il semble que non d'après le principe fondamental du mandat « *Qui mandat ipse fecisse videtur* ». L'intermédiaire, en effet, en recevant les oppositions ou en payant le prix de vente, n'a agi qu'en qualité de mandataire de l'acquéreur du fonds de commerce. Par conséquent, la responsabilité seule de celui-ci devrait être engagée et les créanciers opposants auxquels les fautes de l'intermédiaire ont causé un préjudice ne devraient pouvoir en demander réparation qu'à l'acquéreur du fonds, sauf, bien entendu, le recours de ce dernier contre l'intermédiaire. Mais l'application de ce principe général pouvait avoir en la matière de si graves conséquences qu'on a cherché un moyen pratique d'y remédier. Il est d'abord évident qu'il ne peut s'agir ici que d'une faute de l'intermédiaire, car s'il s'agissait d'une fraude, comme chacun est responsable de son dol, la qua-

(1) Guillouard : *Du mandat*, n° 190 ; Laurent, t. XXVIII, n° 54. — Comp. 20 janv. 1880 (S. 80. 1. 412). — Bordeaux, 13 nov. 1890 (D. 92. 2. 364).

lité de mandataire ne suffirait pas pour couvrir l'intermédiaire à l'encontre des créanciers opposants, victimes de ses manœuvres dolosives. Au cas de simple faute toutefois, ces créanciers devront-ils être dépourvus de tout recours contre l'intermédiaire, leur permettant d'engager la responsabilité personnelle de celui-ci? Ils seraient, en ce cas, exposés à se trouver en présence d'un acquéreur qui, de connivence avec le vendeur se démettrait à temps de son fonds de commerce et resterait ainsi insolvable⁽¹⁾. Les créanciers opposants sont donc intéressés à avoir un recours à la fois contre l'acquéreur et contre l'intermédiaire. Contre l'acquéreur, ils n'ont qu'à invoquer les règles du mandat, mais ces mêmes règles leur interdisent tout recours contre le mandataire, c'est-à-dire contre l'intermédiaire.

244. C'est pour parer à cet inconvénient que la jurisprudence, dans le but de protéger le plus possible les créanciers opposants a imaginé le système suivant. L'intermédiaire qui paie irrégulièrement, ou plutôt qui commet une faute dans la répartition du prix de vente est considéré par la jurisprudence non pas comme le mandataire du vendeur et de l'acquéreur, mais comme un dépositaire-séquestre constitué à l'amiable par tous les deux⁽²⁾. Or, d'après les principes du contrat de séquestre et aux termes de l'article 1960, C. civ. « le dépositaire chargé du sé-

(1) V. Lèbre, p. 242.

(2) V. un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 16 déc. 1882 (*J. C.*, 22, 437) qui décide que le tiers chargé de recevoir les oppositions des créanciers du vendeur, et de répartir valablement le prix de vente, s'il a payé sans tenir compte des oppositions, a qualité de dépositaire et de séquestre.

« questre ne peut être déchargé avant la contestation terminée que du consentement de toutes les parties intéressées ou pour une cause jugée légitime ». Et ici la très grande majorité des commentateurs du code est d'avis que par parties intéressées il faut entendre non seulement les parties qui ont constitué le séquestre, mais aussi toutes les personnes qui, par leur intervention au litige, ont manifesté des prétentions capables d'exiger leur concours lors de la remise de l'objet séquestré (1).

245. Si faisant application de cette donnée au cas où le prix de vente d'un fonds de commerce a été déposé par le vendeur et l'acquéreur entre les mains d'un intermédiaire, nous recherchons quelles sont les parties intéressées dont le consentement est nécessaire pour que le dépositaire chargé du séquestre, c'est-à-dire l'intermédiaire puisse en être déchargé, nous sommes obligés de reconnaître que ce dernier devra obtenir le consentement non seulement du vendeur et de l'acquéreur mais encore des créanciers opposants. Ceux-ci en effet, ont élevé des prétentions sur l'objet du dépôt, et ces prétentions ils les ont fait connaître par leur opposition. Par conséquent l'intermédiaire qui restituerait le dépôt sans le consentement de ces créanciers engagerait sa responsabilité à leur égard.

246. Ce système est très ingénieux en ce que faisant du contrat qui intervient après la vente entre le vendeur, l'acquéreur et l'intermédiaire un dépôt au lieu d'un mandat il

(1) V. Locré, t. XV, p. 109, 127. — Malleville, sur l'art. 1960. — Troplong, n° 274. — Zachariæ, § 408, texte et note 2. — Aubry et Rau, § 408, p. 632. — Guillouard : *Du séquestre*, n° 170.

permet au tiers de rechercher directement l'intermédiaire ce qu'ils n'auraient pas le droit de faire si celui-ci n'était qu'un mandataire. Mais il est bon de remarquer que si la qualification du contrat, dénommé ici dépôt par la jurisprudence, est nécessaire pour l'existence d'un lien de droit entre l'intermédiaire et les tiers ou créanciers opposants, cette qualification ne suffit pas, et qu'il faut en outre que les créanciers du vendeur aient fait connaître à l'intermédiaire leurs droits vrais ou prétendus sur le prix de vente. Ce n'est en effet, que grâce à l'opposition qu'un lien de droit se forme entre le créancier opposant et l'intermédiaire et que la responsabilité personnelle de celui-ci pourra se trouver engagée. Après l'opposition, l'intermédiaire est ainsi que nous l'avons dit dans notre première partie (1), un tiers saisi qui, d'après les principes de notre droit, ne peut se dessaisir des sommes saisies-arrêtées entre ses mains au détriment des oppositions qui lui ont été notifiées sans s'exposer à payer deux fois (art. 1242, C. civ.).

247. Ainsi donc, d'après la jurisprudence, il faut admettre que les créanciers opposants sur le prix de vente d'un fonds de commerce ont une action solidaire contre l'acquéreur et l'intermédiaire au cas où ce dernier n'a pas payé valablement ce prix, c'est-à-dire ne l'a pas réparti conformément aux règles que nous connaissons et a, par conséquent, commis une faute. Dans la pratique, une des hypothèses les plus fréquentes où cette action

(1) V. p. 66 et suiv.

est exercée est celle où le vendeur, ayant été déclaré en faillite après la vente, l'intermédiaire a payé le prix sans tenir compte de toutes les oppositions ou a commis une autre faute dans la répartition de ce prix. Dans ce cas, le syndic de la faillite a le droit de poursuivre solidairement l'acquéreur et l'intermédiaire pour obtenir d'eux la réparation du préjudice qu'a pu causer à la masse des créanciers la faute de l'intermédiaire.

248. L'acquéreur du fonds de commerce peut avoir un recours contre l'intermédiaire s'il n'a pas participé à la faute de celui-ci ou ne l'a couverte par son consentement exprès ou tacite. Mais l'intermédiaire n'a pas de recours contre les créanciers qu'il a payés, car eux ont reçu valablement ce qui leur était dû. Toutefois, il aura la ressource de produire à la faillite du vendeur pour le montant des créances éteintes par lui et de toucher ainsi le dividende distribué (1).

(1) V. Lèbre, p. 243 et suiv. — Les syndics de faillite invoquent ce système de la jurisprudence surtout pour faire rapporter à la faillite la commission que l'intermédiaire a retenue sur le prix de vente dont il était détenteur. Sous réserve de tout ce que nous avons dit au sujet du paiement de cette commission, nous devons reconnaître que la jurisprudence est plutôt favorable aux prétentions des syndics et qu'elle reconnaît seulement aux intermédiaires obligés de rapporter leurs commissions le droit de produire à la faillite du vendeur pour le montant de ces commissions et de toucher ainsi un dividende.

CHAPITRE IV

Preuve et compétence.

SECTION I

QUESTION PRÉLIMINAIRE.

249. Avant d'exposer relativement au mandat confié à un intermédiaire dans une vente de fonds de commerce les règles et les difficultés de la preuve et de la compétence, il nous semble indispensable de poser et de résoudre une question essentielle en la matière. Le mandat que remplit un intermédiaire qui s'interpose dans une vente de fonds est-il un mandat commercial ⁽¹⁾? Nous avons déjà admis *à priori* que oui, mais sans le démontrer (V. p. 122); nous allons tâcher à présent de faire cette preuve.

(1) Nous n'ignorons pas qu'en employant le terme « mandat commercial » nous usons d'un néologisme. Nulle part, en effet, dans les ouvrages de théorie du moins, nous n'avons rencontré cette expression de mandat commercial. Mais puisque dans la pratique le mandat de l'intermédiaire est un mandat distinct du mandat civil ordinaire, puisque surtout des décisions de jurisprudence font de ce mandat un acte de commerce et le traitent comme tel au point de vue de la preuve et de la compétence, en le dénommant même parfois « mandat commercial » nous avons cru pouvoir nous servir de cette expression qui rend plus exactement notre pensée et nous évite des circonlocutions inutiles.

250. Nous avons déjà dit que nulle part le mandat commercial n'a été réglementé par notre législateur et que les commentateurs seuls de nos lois en ont trouvé le type dans le contrat de commission (V. pag. 99). Nous savons que le mandat commercial qui emprunte ses principes et ses règles les plus importantes au mandat civil se différencie très peu de celui-ci, si ce n'est précisément quant à la preuve et à la compétence. Parmi les critères proposés pour faire décider si tel contrat est un mandat civil ou une commission, c'est-à-dire un mandat commercial, le meilleur nous a paru être celui d'après lequel la commission se reconnaît à ce double signe qu'elle a pour but un acte commercial et que le commissionnaire a pour habitude de se livrer à des actes de commission ou de faire des actes de commerce, tandis que le mandat civil a pour but un acte civil et de plus le mandataire civil ne remplit un mandat le plus souvent qu'accidentellement ⁽¹⁾. Faisant l'application de ce critérium au mandat de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, il nous faut rechercher pour savoir si ce mandat est commercial d'abord, s'il a pour but un acte de commerce, et ensuite, si l'intermédiaire a l'habitude de remplir de pareils mandats.

251. Pour ce qui est de la commercialité de l'acte, objet du mandat de l'intermédiaire, nous ne saurions la nier ⁽²⁾. Nous avons admis, en effet, que la vente et l'achat d'un fonds de commerce étaient des actes commerciaux en

(1) V. p. 100.

(2) V. ce que nous avons dit de l'opinion de la jurisprudence au sujet de cette commercialité et des décisions que nous avons citées pour et contre à la page 119.

vertu de la théorie de l'accessoire (V. p. 20 et suiv.). Or, le rôle de l'intermédiaire, marchand de fonds, soit qu'on l'envisage à l'égard du vendeur, soit qu'on l'envisage à l'égard de l'acquéreur n'est que le préambule ou la conséquence immédiate de ces actes de commerce, l'achat ou la vente du fonds, avec lesquels il se trouve ainsi intimement lié. Avant la vente, en effet, et en tant que mandataire du vendeur les agissements de l'intermédiaire n'ont qu'un but celui de préparer et de faciliter la négociation du fonds de commerce ; en vue de cette négociation le rôle de l'intermédiaire semble se confondre avec celui du vendeur, car ils n'ont tous deux qu'un objectif, la vente du fonds. Si donc celle-ci est commerciale en elle-même, il faut admettre que le mandat accepté par l'intermédiaire pour arriver à sa conclusion est également commercial, non seulement à l'égard du mandant pour qui il n'est que le commencement de la vente, mais aussi à l'égard du mandataire. Et l'on peut tenir le même raisonnement au sujet du mandat confié par l'acquéreur à l'intermédiaire après la vente. Celle-ci une fois conclue n'est parfaite d'après certains usages commerciaux que nous connaissons, que si des formalités telles que la publication et la réception des oppositions ont été remplies. C'est précisément en vue de l'accomplissement de ces formalités indispensables que mandat est donné à l'intermédiaire par l'acquéreur du fonds de commerce. Par conséquent, ce mandat est la suite immédiate et, pour ainsi dire, le complément de la vente du fonds à laquelle il emprunte son caractère de commercialité.

252. Ainsi donc, la première condition nécessaire pour que le double mandat de l'intermédiaire, marchand de fonds soit commercial se trouve toujours remplie parce que ce mandat a toujours pour objet un acte de commerce. Mais il n'en est pas de même de la seconde condition exigée, à savoir que, pour qu'il y ait mandat commercial ou commission, le mandataire doit avoir l'habitude d'accepter et de remplir des mandats. Ici, il est nécessaire de rappeler la division que nous avons faite des intermédiaires, marchands de fonds en trois catégories : les intermédiaires de profession avec agences, les intermédiaires de profession [sans agences, et enfin, les intermédiaires que nous avons appelés accidentels (1). Il est certain que pour les intermédiaires de la première et de la seconde catégorie, la deuxième condition exigée pour qu'il y ait mandat commercial se trouve remplie, puisque par métier ils acceptent des mandats commerciaux et en ont ainsi l'habitude. Au reste, on pourrait, en acceptant la façon de voir de la jurisprudence qui confond les intermédiaires, marchands de fonds avec les agents d'affaires ordinaires appliquer aux intermédiaires de ces deux premières catégories les termes mêmes de l'article 632, C. comm., d'après lequel la loi répute actes de commerce toute « entreprise de bureaux d'affaires ». Mais pour les intermédiaires de la troisième catégorie, les intermédiaires accidentels, cette seconde condition manque puisqu'ils n'ont pas l'habitude d'accepter et de

(1) V. p. 95 et suiv.

remplir de tels mandats. Aussi, à notre avis, et pour cette raison faut-il décider que le mandat confié, soit par le vendeur, soit par l'acquéreur d'un fonds de commerce aux intermédiaires accidentels n'est pas un mandat commercial, mais au contraire un mandat civil ⁽¹⁾.

253. De ce que nous venons de dire nous concluons que le double mandat confié à l'intermédiaire, marchand de fonds est commercial lorsqu'il est rempli par un intermédiaire de profession et qu'il est civil lorsqu'il est rempli par un intermédiaire accidentel. Mais comme dans la pratique les intermédiaires de profession sont de beaucoup les plus nombreux, dans les deux sections qui vont suivre nous traiterons de façon générale le mandat de l'intermédiaire comme un mandat commercial ⁽²⁾ faisant seulement dans un alinéa final certaines réserves au sujet du mandat de l'intermédiaire accidentel.

254. Quant à la jurisprudence elle s'est prononcée en très grande majorité en faveur de la théorie que nous soutenons, c'est-à-dire pour la commercialité du mandat

(1) V. en ce sens : Paris, 4 juill. 1871 (*J. C.*, 20. 374).

(2) En disant que le contrat qui lie l'intermédiaire, marchand de fonds à ses commettants est un mandat commercial nous ne sommes pas en contradiction avec nous-même. Si, en effet, à la page 99 et suiv. nous avons soutenu que le contrat intervenu entre le vendeur et l'intermédiaire n'était pas plus une commission qu'un mandat ordinaire, c'est qu'alors nous exprimions notre façon de voir personnelle et théorique. Nous renvoyons le lecteur aux pages 114, 115 et 116 où nous disons que, puisque la jurisprudence admet que c'est là un contrat de mandat nous l'admettons aussi. Par conséquent, et après l'observation marquée à la note de la page 198 nous pouvons dire que le contrat conclu dans une vente de fonds de commerce entre l'intermédiaire et le vendeur ou l'acquéreur est un mandat commercial.

de l'intermédiaire dans une vente de commerce ⁽¹⁾. Nous en verrons encore mieux la preuve quand nous traiterons de la juridiction compétente ⁽²⁾. Toutefois, les décisions des cours et des tribunaux ne sont pas unanimes et on en trouve certaines qui admettent que le mandat donné à un agent d'affaires de vendre un fonds de commerce n'a pas un caractère commercial ⁽³⁾.

SECTION II

PREUVE.

255. Le mandat en général est un contrat consensuel pour la validité duquel le seul consentement des parties suffit. La forme dans laquelle ce consentement est donné importe peu, si ce n'est au point de vue de la preuve. Pour celle-ci, en effet, le mandat demeure soumis aux règles de droit commun ainsi que cela résulte de l'article 1985, C. civ. qui dispose : « Le mandat peut être donné ou par « acte public, ou par écrit sous seing privé, même par « lettre. Il peut aussi être donné verbalement; mais la « preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au « titre des contrats ou des obligations conventionnelles en

(1) V. Cass., 15 déc. 1856 (D. 57. 1. 170); 20 nov. 1865 (D. 66. 1. 127). — V. les arrêts de la page 119, note 2.

(2) V. pages 206 et suiv.

(3) V. Paris, 10 juill. 1857 (D. 57. 2. 152); 23 sept. 1857 (S. 57. 2. 519); 9 juin 1869 (D. 70. 2. 6).

« général. L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, « et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le « mandataire ». Ainsi donc d'après les termes mêmes de l'article 1985, le mandat est soumis quant à sa preuve aux règles de droit commun.

256. Mais quel est ici le droit commun ? En matière civile deux règles principales contenues dans les articles 1344 et 1347 constituent le droit commun ; d'abord à défaut d'écrit ou tout au moins de commencement de preuve par écrit la preuve testimoniale n'est admise qu'autant qu'il s'agit de choses ou de valeurs n'excédant pas 150 francs ; de plus cette preuve testimoniale est encore écartée quand il s'agit pour des choses valant moins de 150 francs de prouver contre et outre le contenu aux actes, ou d'établir ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis les actes. En matière commerciale il n'en va pas de même, et les règles de droit commun quant à la preuve sont contenues dans l'article 109, C. comm. qui déroge aux articles 1344 et 1347, C. civ. (1). Sans doute, la preuve écrite est admise au commerce comme au civil, encore qu'elle y soit moins formaliste puisque on n'y applique pas les articles 1325 et 1326, C. civ., mais c'est relativement à la preuve par témoins que les différences sont grandes. C'est ainsi qu'on ne tient pas compte au commerce des restrictions des articles 1344 et 1347 et que la preuve testimoniale est admissible même au-dessus de 150 francs et qu'elle l'est aussi contre et outre le con-

(1) Voir ce que nous avons dit dans notre première partie au sujet de la preuve de la vente d'un fonds de commerce (p. 49 et suiv.) ; cela s'applique aussi à la preuve du mandat de l'intermédiaire.

tenu aux actes. Par conséquent, conformément à l'article 109, C. comm. qui s'applique généralement à tous les contrats commerciaux bien que son texte ne mentionne que les achats et les ventes, l'existence du mandat invoqué par l'une des parties en matière commerciale pourra être établie par les livres des parties, par la preuve testimoniale et par présomptions, quelle que soit l'importance de ce mandat (1).

257. Or, nous avons dit dans la section précédente que le mandat accepté et rempli par l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce, était un mandat commercial. Ce sont donc les règles de droit commun de la preuve en matière de commerce qu'il faut appliquer au mandat de l'intermédiaire, marchand de fonds (2). Ce dernier pourra ainsi être prouvé de part et d'autre, c'est-à-dire par le mandant et par le mandataire, conformément à l'article 109, C. comm., et cela, soit qu'il s'agisse du mandat confié par le vendeur du fonds à l'intermédiaire, soit qu'il s'agisse aussi du mandat subséquent confié par l'acquéreur à ce même intermédiaire. Mais ce mode de preuve de l'article 109, C. comm., devra être administré non seulement pour ce qui est de la preuve du mandat en lui-même confié à l'intermédiaire, mais encore pour ce qui est de la preuve de l'exécution de ce mandat, qui, elle-même, est parfois la seule preuve de l'acceptation du mandataire (art. 1985).

(1) V. Bruxelles, 26 mai et 23 juill. 1884 (D. 86. 2. 185). — Lyon, 28 févr. 1884 (*Gaz. Pal.*, 84, 2^e suppl. 205). — Cass., 15 juill. 1875 (D. 77. 1. 323); 16 mai 1881 (D. 83. 1. 24); 29 avr. 1889 (*Gaz. Pal.*, 89. 2. 225). — Guillouard, n^o 61.

(2) V. G. Lèbre, n^o 180.

258. La preuve de l'accomplissement de son mandat qui est indispensable de la part de l'intermédiaire qui réclame un salaire, ainsi que nous l'avons dit, se fera donc de la même manière que la preuve de l'existence même du mandat (1).

259. Quant au mandat de l'intermédiaire accidentel, puisque nous avons admis que c'est là un mandat civil, la preuve soit de son existence, soit de son exécution devra être administrée conformément à l'article 1983, C. civ.

SECTION III

COMPÉTENCE.

260. Quelle est la juridiction compétente à l'égard des intermédiaires, marchands de fonds, pour trancher les litiges qui peuvent s'élever au sujet du mandat par eux accepté et rempli? Nous pensons, nous que c'est la juridic-

(1) Un jugement récent du tribunal de commerce du Havre qui nous a paru intéressant au sujet de la preuve du mandat de l'intermédiaire, marchand de fonds, décide : « Le vendeur d'un fonds de commerce est mal « fondé à méconnaître à un agent d'affaires, par l'intermédiaire duquel la « vente dudit fonds a été effectuée, la qualité de mandataire qu'il s'attribue, « et, en raison de laquelle il réclame une commission de vente, lorsque le « vendeur lui-même a apposé sa signature sur l'acte de vente rédigé par « l'agent d'affaires, et que, par le même acte, il a fait et consenti élection « de domicile au domicile de ce dernier pour l'exécution dudit acte. L'agent « d'affaires est réputé dans ces conditions avoir reçu mandat de la part du « vendeur d'effectuer la vente et il a droit alors à une commission de vente » (Trib. comm. Havre, 17 févr. 1897, *Rec. Havre*, 32. 1. 1897).

tion consulaire, et nous en trouvons la preuve dans l'article 631, C. comm. Cet article tel qu'il a été modifié par la loi du 17 juillet 1856 dispose : « Les tribunaux de commerce « connaîtront : 1° des contestations relatives aux engage-
« ments et transactions entre négociants, marchands et
« banquiers; 2° des contestations entre associés, pour rai-
« son d'une société de commerce; 3° de celles relatives aux
« actes de commerce entre toutes personnes ».

261. Deux raisons peuvent donc être invoquées pour attribuer compétence à la juridiction consulaire lorsqu'il s'agit de résoudre des difficultés litigieuses relatives au mandat de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce. La première est tirée du § 1^{er} de l'article 631. Il est facile, en effet, de démontrer qu'il s'agit ici de commerçants. Quand nous avons examiné le point de savoir si la vente d'un fonds de commerce était une vente commerciale, nous avons admis l'affirmative en vertu de la théorie de l'accessoire, précisément parce que nous soutenons que, sauf de rares exceptions, le vendeur et l'acquéreur d'un fonds de commerce sont commerçants (1); ils conserveront donc cette qualité lorsqu'ils deviendront les mandants de l'intermédiaire. De par ailleurs, d'après ce que nous savons de la théorie de la jurisprudence sur les intermédiaires, marchands de fonds qui sont presque toujours confondus par elle avec des agents d'affaires, nous pourrions dire que ces intermédiaires eux aussi, du moins ceux qui ont pour habitude de s'occuper de la vente des

(1) V. p. 18 et suiv.

fonds de commerce sont des commerçants puisque la loi déclare acte de commerce toute entreprise d'agence ou bureau d'affaires (art. 632, C. comm.)⁽¹⁾. Et de cette façon nous pourrions soutenir que les contestations au sujet du mandat confié à l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce sont des contestations entre négociants et cela, parce que mandants et mandataire sont commerçants.

262. Mais, si laissant de côté la qualité des parties en présence on envisage la nature du mandat de l'intermédiaire, on y trouve une preuve plus péremptoire encore en faveur de la compétence de la juridiction consulaire. En effet, le § 3 de l'article 631 par nous cité dit que les tribunaux de commerce connaîtront des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Or, dans la première section de ce chapitre nous avons longuement établi que le mandat accepté et rempli par l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce était un mandat commercial, c'est-à-dire un acte de commerce tant à l'égard du ou des mandants qu'à l'égard du mandataire. Par conséquent, quand bien même les parties qui figurent dans ce mandat, à savoir le vendeur et l'acquéreur du fonds et l'intermédiaire ne seraient pas commerçants, les tribunaux de commerce toutefois seraient compétents à leur égard parce qu'il s'agit ici d'un mandat commercial, c'est-à-dire d'un acte de commerce par lui-même.

263. Il ne faut pas oublier cependant que nous n'avons

(1) V. G. Lèbre, n° 178.

admis la commercialité du mandat que pour les intermédiaires des deux premières catégories, c'est-à-dire pour ceux qui s'occupent habituellement de vente de fonds de commerce qu'ils aient ou non une installation permanente. En conséquence le mandat de l'intermédiaire accidentel n'étant pas un mandat commercial les difficultés litigieuses auxquelles peut donner lieu son exécution relèvent des tribunaux civils, à moins que cet intermédiaire ne préfère assigner au commerce son adversaire commerçant comme il en a le droit d'après les principes généraux du Code de procédure en matière de compétence (1).

264. Nous l'avons déjà dit, la jurisprudence le plus généralement se prononce en faveur de la compétence commerciale au sujet du mandat de l'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce. Sans doute, certains arrêts soutenant que le mandat donné par un négociant à un agent d'affaires de lui procurer un acquéreur pour son fonds de commerce n'a rien de commercial dans son objet, décident que c'est devant le tribunal civil que l'agent d'affaires doit porter la demande en paiement des honoraires et déboursés qui lui sont dus (2). Mais le plus grand nombre des décisions de jurisprudence est favorable à l'opinion contraire : pour la très grande majorité des cours et des tribunaux, le mandat donné par un commerçant de vendre son fonds de commerce se rattachant intimement à l'exploitation de ce fonds est commercial et c'est, en con-

(1) V. F. Labori : *Répertoire*, v^o *Fonds de commerce*, n^o 115.

(2) V. les arrêts par nous cités à la note 1 de la page 119.

séquence, le tribunal de commerce qui doit connaître de la demande en paiement formée par un agent d'affaires à raison de ce mandat ⁽¹⁾.

265. Pour ce qui est des autres règles de la compétence nous renvoyons le lecteur à ce que nous avons dit de la compétence au sujet de la vente elle-même du fonds de commerce et aux règles générales du Code de procédure civile ⁽²⁾.

Vu par le Président de la thèse,

E. THALLER.

Vu par le Doyen,

E. GARSONNET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

(1) V. les arrêts cités à la note 2 de la page 119 et encore, Comm. Seine, 4 mars 1853 (*J. C.*, 535, t. II, 191) ; 11 sept. 1856 (*J. C.*, 56, p. 213). — Paris, 9 nov. 1855 (*J. C.*, 55, p. 62) ; 31 déc. 1859 (*J. C.*, 59, p. 135) ; 29 mars 1865 (*J. C.*, 65, p. 415). Un arrêt de la Cour de Paris décide que le tribunal où le fonds de commerce était situé est compétent pour statuer sur la demande en paiement d'honoraires faite par l'intermédiaire, comme étant celui de l'exécution du contrat et du paiement, bien que le vendeur ait transporté son domicile ailleurs après la réalisation de la vente. — Paris, 23 mars 1866 (*J. C.*, 66, p. 86).

(2) V. p. 52 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION

	Pages.	N ^{os}
CARACTÈRES GÉNÉRAUX D'UN FONDS DE COMMERCE.....	1 —	1

PREMIÈRE PARTIE

DES CONDITIONS DE VALIDITÉ D'UNE VENTE DE FONDS DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	17 —	21
§ 1. L'achat et la vente d'un fonds de commerce sont-ils des actes de commerce.....	18 —	22
§ 2. Différences entre la vente commerciale et la vente civile.....	23 —	29

CHAPITRE II

APPLICATION A LA VENTE DES FONDS DE COMMERCE DES RÈGLES GÉNÉRALES DE LA VENTE COMMERCIALE..	28 —	35
SECTION I. Nature. Formation et effets du contrat.....	28 —	35
SECTION II. Obligations du vendeur et de l'acheteur....	38 —	49
SECTION III. Preuve et compétence.....	49 —	64

CHAPITRE III

	Pages.	N ^{os}
RÈGLES ET USAGES PARTICULIERS.....	57	73
SECTION I. Publications des ventes de fonds de commerce et oppositions.....	57	73
SECTION II. Vente publique des fonds de commerce.....	75	96
SECTION III. Enregistrement des ventes de fonds de commerce.....	79	102

DEUXIÈME PARTIE

DU ROLE DE L'INTERMÉDIAIRE DANS LA VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER

QUALITÉ JURIDIQUE DE L'INTERMÉDIAIRE..	91	114
SECTION I. L'intermédiaire en fait.....	91	114
SECTION II. L'intermédiaire en droit.....	97	123
SECTION III. L'intermédiaire en droit (<i>Fin</i>). Du rôle qu'il joue souvent après la vente.....	105	134
SECTION IV. Intermédiaire et agent d'affaire.....	108	138
SECTION V. L'intermédiaire d'après la jurisprudence....	114	146

CHAPITRE II

RÉTRIBUTION DE L'INTERMÉDIAIRE.....	121	154
SECTION I. Questions préliminaires.....	121	154
§. Mandat gratuit et mandat salarié.....	123	158
SECTION II. Conventions tacites.....	128	164
SECTION III. Conventions expresse.....	132	168
§. Des bons de commission.....	135	174

	Pages.	N ^{os}
SECTION IV. Système de la jurisprudence.....	146	— 189
SECTION V. Différents cas où la rétribution de l'intermédiaire peut ne pas lui être due en totalité ou en partie.....	154	— 198
SECTION VI. Droits de l'intermédiaire à sa rétribution après la vente.....	170	— 219

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ DE L'INTERMÉDIAIRE....	184	— 232
---------------------------------------	-----	-------

§ 1. Vis-à-vis du vendeur.....	185	— 235
§ 2. Vis-à-vis de l'acquéreur.....	188	— 238
§ 3. Vis-à-vis des tiers.....	191	— 241

CHAPITRE IV

PREUVE ET COMPÉTENCE.....	198	— 249
---------------------------	-----	-------

SECTION I. Question préliminaire.....	198	— 249
SECTION II. Preuve.....	203	— 255
SECTION III. Compétence.....	206	— 260

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE DUC